



**EXPROPIACIÓN INDIRECTA: PROTECCIÓN SUSTANTIVA EN LOS
ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LA
INVERSIÓN EXTRANJERA Y SUS EFECTOS EN COLOMBIA.**

PROYECTO DE GRADO

Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

Departamento de Derecho Privado

Bogotá D.C.

2018

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

TABLA DE CONTENIDO:

INTRODUCCIÓN.....	6
1. INVERSIÓN EXTRANJERA.....	11
1.1. Antecedentes y marco teórico de la Inversión Extranjera.....	11
1.2. La Inversión extranjera, bajo el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras (DIIE).....	15
2. LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	19
2.1. Evolución histórica de los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera.....	19
2.2. Los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera como instrumento jurídico.....	26
2.2.1. Diferencias entre los modelos de Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera utilizados en la actualidad.....	28
2.3. Mecanismos que utilizan los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera para proteger al inversionista extranjero.....	33
2.3.1. Principales cláusulas.....	35
2.3.2. Precisión frente a la diferencia de expropiación y nacionalización....	38
3. EXPROPIACIÓN.....	41
3.1. Expropiación en el terreno del Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras.....	41

3.2. Relación de la expropiación con el derecho de propiedad.....	43
3.3. La expropiación dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano.....	46
4. EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	54
4.1. Falta de determinación en la definición del concepto de expropiación indirecta bajo la óptica del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras.....	53
4.1.1. Ejemplos a nivel internacional.....	55
4.1.1.1. Estados Unidos.....	55
4.1.1.2. Reino Unido.....	58
4.1.1.3. Alemania	58
4.1.1.4. China.....	59
4.2. Concreción del problema sobre la expropiación indirecta.....	59
4.2.1. Identificación del problema.....	60
4.2.2. Consecuencias.....	62
4.2.3. Ejemplo que evidencia la problemática.....	65
4.3. Los Tribunales Arbitrales frente a la expropiación indirecta.....	66
5. EL CASO COLOMBIANO.....	71
5.1. La Inversión Extranjera en Colombia.....	71
5.2. Los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera vigentes en Colombia y su relación con la expropiación indirecta.....	73
5.3. Concreción del problema sobre la expropiación indirecta en Colombia.....	80
6. CONCLUSIONES.....	88
7. BIBLIOGRAFÍA.....	95

RESUMEN:

Este análisis crítico busca evidenciar la situación de inseguridad jurídica que sufren los Estados receptores de inversión extranjera al celebrar Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de la Inversión Extranjera que contienen una cláusula que prohíbe la expropiación indirecta, con un enfoque en Colombia como país modelo para dicho estudio. El problema recae en la falta de determinación sobre cuándo una acción gubernamental es legítima y cuándo es ilegal, lo que implica que la potestad de definir si una medida regulatoria constituye una expropiación indirecta recaiga en los Tribunales Arbitrales Internacionales, escenario que conduce a la inminente responsabilidad de los Estados bajo el Derecho Internacional de las Inversiones.

Palabras claves: Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de la Inversión Extranjera, expropiación indirecta, inseguridad jurídica, Derecho Internacional de las Inversiones.

ABSTRACT:

This critical analysis seeks to highlight the situation of legal insecurity that suffer the States who receive foreign investment by the conclusion of Treaties for the Promotion and the Protection of Foreign Investment, which contain the clause that prohibits indirect expropriation, focusing on Colombia as a model country to study. The problem lies in the lack of determination of when a government action is legitimate and when it is illegal, which implies that the International Arbitration Tribunals have the power to define whether a regulatory measure constitutes an indirect expropriation, scenario that leads to imminent liability of the States under the International Law of Investments.

Key words: Treaties for the Promotion and the Protection of Foreign Investment, indirect expropriation, legal insecurity, International Investment Law.

INTRODUCCIÓN:

La economía internacional ha sufrido grandes cambios en los últimos años. Uno de los principales, ha sido la aparición y el desarrollo de interacciones económicas entre Estados y actores privados, situación que en años previos no era concebida por nadie, pero que ha permitido la integración económica a nivel global.

Este fenómeno es conocido como Globalización, proceso económico y político que ha tenido gran incidencia en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Soberanos, debido a que ni los ordenamientos domésticos, ni el Derecho Internacional estaban preparados para afrontar esta nueva realidad y, como consecuencia, se ha intensificado el problema de los vacíos normativos (Jessup P. C., 1956).

Esta situación ha desembocado en el crecimiento precipitado de la Inversión Extranjera, trayendo consigo la necesidad de regular las relaciones entre el Estado receptor de inversión y el inversionista extranjero (Calderón, 2005). Consecuentemente, se ha incrementado exponencialmente la celebración de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), los cuales comprenden los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de la Inversión, que de ahora en adelante llamaremos APPRI.

Los APPRI tienen como objetivo principal la delimitación de garantías para los inversionistas extranjeros en los territorios que son ajenos a éstos y que, por ende, cuentan con una regulación nacional distinta. Se trata de un instrumento de carácter político, resultado de un contexto capitalista en su etapa neoliberal donde las reglas son estipuladas por Estados poderosos, pero donde será el Estado receptor el que asuma obligaciones frente al

Ordenamiento Internacional, mientras que el inversionista extranjero sin ninguna carga u obligación cuenta con una amplia gama de protecciones (Ruiz, 2008).

En la actualidad Colombia se encuentra en un momento donde la Inversión Extranjera es crucial, lo que quiere decir que la celebración de los APPRI es un eslabón clave para el desarrollo del país. Esto se debe a que Colombia se encuentra dentro del grupo de economías emergentes intermedias, las cuales se caracterizan por una creciente apertura comercial, sin embargo, si pretende llegar a la categoría de mercados emergentes avanzados, clasificación que determina el Centro de Estudios para Mercados Emergentes (CEMS) de Shanghái, deberá seguir propiciando la inversión extranjera para sobresalir como un mercado dinámico y atractivo a la inversión, lo que propiciaría el desarrollo acelerado de sus instituciones económicas, teniendo como efecto el crecimiento de la clase media y la disminución de la población en condiciones de pobreza extrema (González-Pérez, 2017).

Sin embargo, la celebración y entrada en vigor de estos acuerdos genera riesgos al país, toda vez que éste puede ser requerido por inversionistas extranjeros ante Tribunales Arbitrales Internacionales, por la presunta violación de las protecciones sustantivas que otorgan dichos tratados. Esto quiere decir que el efecto directo que conlleva la celebración de uno de estos tratados es que se amplíe la gama de actuaciones estatales susceptibles de responsabilidad internacional (Rosabal, 2011).

El intento por regular estas interacciones económicas ha sido insuficiente. Hoy en día siguen existiendo vacíos normativos en cuanto a la significación de ciertos conceptos jurídicos que las regulan. Este es el caso de la figura jurídica conocida como: expropiación indirecta, la cual no se encuentra previamente definida con exactitud por el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras, ordenamiento que comprende el: “(...) conjunto de normas de orden

internacional que tienen por objeto regular la protección del inversor foráneo, la liberalización y promoción de las inversiones, las distorsiones en las mismas y el buen clima de inversión.” (Granato & Nahuel Oddone, 2007, pág. 27) y al que nos referiremos de ahora en adelante como DIIE.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema jurídico que surge es con relación al concepto de expropiación indirecta, ya que dogmáticamente no se ha definido el concepto, ni se han establecido criterios objetivos que permita a los Estados saber, de forma previa, cuándo una medida regulatoria va a ser considerada bajo el DIIE como expropiatoria y cuándo no (Rosabal, 2011). Es por lo anterior que se afirma que los Estados Soberanos se encuentran bajo un escenario de inseguridad jurídica, lo que quiere decir que se trata de una situación con graves implicaciones jurídicas y económicas para los Estados receptores de inversión extranjera.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo de este análisis crítico es exponer los riesgos relativos al desconocimiento y la disparidad interpretativa sobre la definición de expropiación indirecta y específicamente los riesgos que esto implica para Colombia. Esta problemática se intensifica con el aumento en el volumen de APPRI celebrados a nivel global y, en especial, en el caso colombiano, donde se verá cómo los APPRI suscritos por el país contienen una cláusula que establece la responsabilidad internacional del Estado cuando se afectan o vulneran los derechos o expectativas legítimas del inversionista, a través de acciones u omisiones que pueda llegar a ser calificada como una expropiación indirecta.

Lo anterior, evidencia un problema jurídico, toda vez que no existen unos criterios claros que le permitan al gobierno colombiano tener certeza de cuándo una acción gubernamental es legítima y cuándo es ilegal, dejando al país en una situación insegura y

riesgosa, debido a que, al ser demandado ante un Tribunal Arbitral Internacional, se pone en riesgo la estabilidad económica del país y se afecta directamente el poder soberano de todo Estado de definir las normas aplicables a su territorio nacional (Granato & Nahuel Oddone, 2007).

Por lo tanto, se busca hacer un llamado de atención del riesgo inminente en el que se encuentra Colombia, y la importancia de que estos tratados, además de contener los conceptos de expropiación directa e indirecta, establezcan claramente su significado, su alcance, sus causas y consecuencias, toda vez que su inexactitud u omisión aumenta significativamente el riesgo de controversias entre las partes, y otorga una amplia discrecionalidad a los Tribunales Arbitrales Internacionales para llenar de contenido el concepto.

Es así como el análisis del problema previamente identificado se desarrollará en cinco capítulos. En el primer capítulo, se estudiará el concepto de inversión extranjera, sus antecedentes históricos y su regulación en el Ordenamiento Internacional. En el segundo capítulo, se estudiarán los APPRI como instrumento jurídico, las cláusulas que son utilizadas como mecanismo de protección de los inversionistas extranjeros y se hará una precisión sobre la diferencia entre la cláusula de la nacionalización y la de expropiación. Como consecuencia en el tercer capítulo, se estudiará de manera puntual el tema de la expropiación, analizando de manera amplia la expropiación en el terreno de la inversión extranjera, la relación entre la expropiación y el derecho a la propiedad y, la expropiación en el Ordenamiento Jurídico Colombiano.

En cuanto al cuarto capítulo, éste se centrará en el estudio de la expropiación indirecta bajo la óptica del DIIE y el problema que surge a causa de la indeterminación del concepto de expropiación indirecta, lo anterior, con la finalidad de concretar y exponer el latente problema

de inseguridad jurídica que ha surgido a raíz de la prohibición de la expropiación indirecta en estos tratados. Como consecuencia, se buscará evidenciar los posibles riesgos que corren los Estados receptores de la inversión extranjera, por lo que se traerán a colación casos reales que se han presentado a nivel internacional, que permitirán comprender el problema jurídico previamente planteado y sus consecuencias, análisis que se realizará a través de las consideraciones de algunos de los Tribunales Arbitrales Internacionales que se han pronunciado sobre estos casos y sus fallos frente al tema de la expropiación indirecta.

Finalmente, el último capítulo se centrará en el caso colombiano como objeto de estudio en concreto. En primera medida, se hará un breve recuento histórico de la inversión extranjera en Colombia, posteriormente se traerán a colación los APPRI vigentes en Colombia y el tratamiento que le han dado a la expropiación y a la expropiación indirecta, lo que permitirá que se concrete el problema de inseguridad jurídica en el que se encuentra Colombia, debido a la falta de determinación del concepto de expropiación indirecta en los APPRI celebrados por Colombia. Al finalizar, se expondrán las conclusiones en las cuales se buscará plasmar las posibles herramientas que Colombia podría utilizar para afrontar esta problemática y así disminuir su inseguridad jurídica.

1. INVERSIÓN EXTRANJERA:

1.1. Antecedentes y marco teórico de la Inversión Extranjera:

El desarrollo y crecimiento de la inversión extranjera ha sido el resultado directo del fenómeno de la Globalización. El mercado global ha desarrollado nuevas interconexiones y relaciones entre los Estados soberanos y entre actores privados que se encuentran en diferentes partes del mundo. Este mercado transaccional de bienes y servicios es el eje principal para la consecución de una mayor capacidad productiva de los Estados y, como consecuencia, de un mayor crecimiento económico. Esta situación ha evidenciado que estas relaciones comerciales van más allá de la regulación concebida bajo el modelo de Estado-Nación, en donde la única fuente de derecho es el Estado (Jessup P. C., 1956). En este orden de ideas, la importancia de analizar este fenómeno recae en la necesidad actual que se está presentando: los Estados necesitan desarrollar y flexibilizar sus políticas económicas cada vez más, para permitir el ingreso de la inversión extranjera.

Así las cosas, es necesario hacer un breve recuento histórico con el fin de contextualizar la evolución de la inversión extranjera, teniendo en cuenta que de estas relaciones económicas surgen los APPRI. Para comenzar, cabe resaltar que previo al surgimiento de la Globalización, que traería consigo la apertura económica del mercado, los nacionales de los Estados no contaban con estos tratados como herramienta jurídica que protegieran sus derechos sobre las inversiones hechas en Estados de los que no eran nacionales, razón por la cual debían acudir a la Protección Diplomática de sus propios Estados frente a cualquier vulneración de sus derechos.

Este antecedente es evidente en el caso Barcelona Traction, Luz y Energía Compañía Limitada. Esta compañía tenía su domicilio en Toronto, Canadá, pero sus accionistas eran de nacionalidad belga, éstos se estaban viendo afectados en sus expectativas de ganancia porque España estaba obstaculizando su operación, razón por la cual el Gobierno de Bélgica presentó una demanda ante la Corte Internacional de Justicia que fue fallada el 5 de febrero de 1970. La Corte rechazó la solicitud, fundamentando su decisión en que bajo el Derecho Internacional sólo el Estado del que fuera nacional la sociedad estaba autorizado para ejercer la Protección Diplomática, por lo tanto, debía ser Canadá y, ni los particulares por sí solos, ni Bélgica, tenían la potestad de llevar el caso ante la corte (Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, 1979). Así fue como este fallo sentó un precedente fundamental, al establecer que la Protección Diplomática es para los individuos y para las personas jurídicas, lo que demuestra que previo al surgimiento de los APPRI los inversionistas extranjeros solo podían defender sus intereses a través de la Protección Diplomática que los Estados de los que la sociedad era nacional ejerciera y, por ninguna circunstancia podían llevar por su propios medios su caso ante una Corte Internacional, ya que no eran reconocidos a nivel internacional como sujetos de derecho.

Ahora bien, con el fin de la Segunda Guerra Mundial en el año 1945, se dio un momento histórico clave para el comienzo del desarrollo experimentado por el comercio internacional, éste fue propiciado por factores como: “(...) *la disminución de las barreras aduaneras y técnicas, la mejora y abaratamiento de los medios de transporte, la evolución de las telecomunicaciones, la mayor facilidad para realizar movimientos financieros internacionales, el incremento de la seguridad legal en numerosos países, la estandarización*

de las preferencias de los consumidores y el mejoramiento en la estabilidad política y económica, (...)” (Concha & Gómez, 2016, pág. 2), entre otros.

Con el proyecto de la reconstrucción de los países que sufrieron la devastación de la guerra, conocido como el Plan Marshall, surgieron nuevos lineamientos que erigieron lo que sería la nueva “*Economía Capitalista*”, a saber, los conceptos de libre mercado y de libertad de empresa. Bajo este nuevo escenario, se hizo indiscutible la necesidad de ajustar la regulación sobre inversión extranjera a esta nueva realidad. Entre los cambios ineludibles, se encontraron: la libertad de acceso a los mercados por agentes bancarios y no bancarios extranjeros y la flexibilización sobre la reglamentación de préstamos extranjeros, entre otros (Faria, 1990).

Esta realidad, que ha estado en constante desarrollo impulsada por el libre mercado y el capitalismo, ha introducido nuevas necesidades y, lo más importante, nuevos actores que tienen poder de decisión en mercado global. Lo anterior quiere decir que los Estados han tenido que ceder parte de su soberanía para atraer inversión extranjera y así permitir el ingreso de capital extranjero, debido a que cada Estado soberano, si quiere seguir siendo atractivo a la luz de este mercado global, debe eliminar obstáculos que puedan desestimular la inversión extranjera. Sin embargo, cabe resaltar que esta cesión de soberanía implica riesgos para los Estados, ya que éstos pierden autonomía en el desarrollo de sus políticas económicas, donde resguardar sus intereses era lo primordial. Ahora la realidad es otra, los Estados deberán optar por menor seguridad jurídica para poder seguir siendo competitivos a nivel global, ya que al final del día la regulación es un mero instrumento utilizado por los actores poderosos para promover y proteger sus propios intereses.

En consecuencia, en materia de inversión extranjera el tema de soberanía es clave. Se habla de una “*waiver clause*” o cláusula de renuncia cuando los Estados soberanos al firmar un APPRI que contiene una cláusula compromisoria o arbitral renuncian a su jurisdicción nacional en caso de una eventual disputa entre las partes del acuerdo y como resultado ceden parte de su soberanía a favor de Tribunales Arbitrales Internacionales para dirimir estos posibles conflictos (International Council for Commercial Arbitration , 2008). Situación que ha colocado a actores privados al mismo nivel que el de los Estados en el ámbito internacional, por lo que, “*Desde el punto de vista legal, la característica más sorprendente del Convenio es que establece firmemente la capacidad de un individuo o de una corporación de proceder directamente en contra de un Estado en un foro internacional, contribuyendo, de esta manera, al creciente reconocimiento de los individuos como sujetos de derecho internacional (...)*” (Broches, 1995, pág. 198).¹

Es así como hoy en día con la Globalización se ha redistribuido el poder en cabeza de distintos actores, lo cual no implica la desaparición de los Estados, pero sí la inclusión de actores económicos con intereses privados. El perfecto ejemplo es la creación del Sistema de Solución de Controversias adoptado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con base en Washington D.C, Estados Unidos de América. La razón de este modelo se debe a que el sector económico que desarrolla la inversión extranjera vio la necesidad de proteger los intereses de los inversionistas extranjeros por encima de los intereses de cada uno de los Estados, lo cual derivó en la necesidad de limitar las facultades de éstos en esta materia. Fue así como se impulsó la construcción de un sistema

¹ “*From a legal point of view the most striking feature of the Convention is that it firmly establishes the capacity of a private individual or corporation to proceed directly against a State in an international forum, thus contributing to the growing recognition of the individual as a subject of international law (...)*”

paralelo de justicia bajo el modelo de Tribunales Arbitrales Internacionales, donde los Estados e inversionistas privados pueden resolver sus controversias en vez de tener que dirigirse a cortes nacionales, ya que este modelo procura por la protección de los intereses del inversionista extranjero, frente a la de los Estados. (Lowenfeld, 2003).

Es así como los AII, se han convertido en una nueva fuente de derecho que ha construido su propio camino a nivel bilateral, regional y multilateral, fortaleciendo cada vez más las decisiones tomadas por los Tribunales Arbitrales Internacionales. Como resultado de lo descrito anteriormente, la aplicación de un nuevo sistema jurídico está sucediendo, y se caracteriza por tener actores involucrados que no son únicamente Estados, sino de inversionistas privados que están teniendo un rol prevalente en este tipo de relaciones (Kurtz, 2008).

1.2. La Inversión extranjera, bajo el Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras (DIIE):

El DIIE ha desarrollado y ofrece actualmente garantías adecuadas para la protección de las inversiones extranjeras. Sin embargo, una de las principales preocupaciones de los inversionistas extranjeros es el riesgo potencial que existe en cuanto a que la regulación reconocida a nivel internacional no sea aplicada o no sea reconocida por los países en vía de desarrollo donde la inversión extranjera en los últimos años ha incrementado, lo que implicaría un gran riesgo para los intereses de los inversionistas que buscan invertir en estos países.

Es así como los APPRI, buscan garantizar cierto estándar de trato justo y lineamientos preestablecidos entre los Estados y los inversionistas extranjeros, toda vez que mediante los

compromisos adquiridos a través de la celebración de estos tratados, los Estados quedan obligados y puede obligárseles a cumplir a través de las decisiones de los Tribunales Arbitrales Internacionales, organismos que juegan un papel fundamental en brindar seguridad a estos actores que pueden llegar a encontrarse en desigualdad frente al Estado, si la disputa se llevara ante la jurisdicción doméstica (Arsen, 2003).

Actualmente, nos encontramos en una etapa de empoderamiento de la concepción del Estado Neoliberal, la cual se caracteriza por una menor o nula intervención estatal en el mercado y de la desregularización de éste. Al ser los países desarrollados grandes y poderosas maquinarias políticas, el fortalecimiento de este nuevo modelo ha sido expedito en comparación con los países en vía de desarrollo, pero es claro que, desde la década de 1980 los Estados alrededor del mundo se han comprometido con el proyecto en común de posibilitar la privatización del sistema financiero y, de esta manera, propiciar la inversión extranjera (Faria, 1990).

Es fundamental resaltar que, bajo la óptica internacional, se encuentran distintas posiciones frente a cuál es la normativa aplicable a los APPRI celebrados. Una parte de la doctrina considera que en relación con la inversión extranjera, el ordenamiento internacional se debe ver suspendido y es el Estado Soberano el que cuenta con pleno control sobre la entrada de una inversión extranjera, sin necesidad de considerar la protección que se le ha otorgado a nivel internacional, de esta forma el Estado permanece con plena soberanía sobre las decisiones que tome frente a esta inversión (Sornarajah, 2010).

La tesis anterior se ha visto desvirtuada desde mediados del siglo XX. Debido a que internacionalmente, se ha hecho evidente el crecimiento de la inversión extranjera, la cual ha impactado de manera positiva en el crecimiento económico de los países receptores,

permitiendo una gran movilización de capital tangible e intangible y fuerza laboral entre los distintos Estados, incentivando la competencia en el mercado transaccional de bienes y servicios (Echavarría & Zodrow, 2005).

Dos de los grandes factores que inciden en la decisión de un inversionista extranjero sobre si invertir en un país o no, son la estabilidad económica y la estabilidad jurídica. No obstante, es en este último factor donde los APPRI entran a tener un rol relevante. Por regla general, son los países desarrollados o sus actores privados quienes buscan invertir en un país en vía de desarrollo. Esto se debe a que los países en vía de desarrollo proporcionan circunstancias favorables como: bajos costos laborales y grandes beneficios tributarios que favorecen a estos inversionistas. Sin embargo, cabe resaltar que únicamente se realizarán estas inversiones si cuentan con herramientas jurídicas que les permitan salvaguardar sus propios intereses.

El desarrollo de los APPRI ha sido la herramienta que han utilizado los inversionistas para eliminar el riesgo de invertir en un país donde no existía una plena seguridad de que los intereses de éstos iban a ser salvaguardados. Por su parte, los Estados receptores de la inversión han implementado y aceptado los lineamientos impuestos en estos tratados, por su necesidad de atraer inversión extranjera.

Para lograr este objetivo fundamental en la realidad actual de un mercado globalizado, fue necesaria la celebración de este tipo de tratados, toda vez que de esta forma los inversionistas podrían contar con la protección sustantiva de sus intereses, puesto que toda disputa surgida en vista de los compromisos pactados debería ser llevada ante un Tribunal Arbitral Internacional, lo que reafirma la obligatoriedad de éstos. Esto se traduce en la posibilidad de hacerlos valer en instancias internacionales, conservando así todas las garantías

que los inversionistas requieren. Teniendo en cuenta lo anterior, la otra parte de la doctrina caracterizada por ser la predominante, considera que estos tratados pueden ser considerados ley especial frente a la ley doméstica del Estado receptor de la inversión, esto quiere decir, que siempre prevalecerá el tratado en caso de contradicción. (Neumayer & Spess, 2005).

Es así como, a través del crecimiento de la inversión extranjera se ha propiciado el desarrollo de nuevas interrelaciones económicas y la aparición de nuevos actores en el ámbito internacional, lo que ha alimentado el ambiente ideal para que los APPRI se implementen y se conviertan en una herramienta jurídica indispensable para toda economía en crecimiento, razón por la cual, la finalidad del siguiente capítulo será estudiar los APPRI a profundidad y comprender las protecciones que consagran estos acuerdos a favor de los inversionistas extranjeros.

2. LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA:

2.1. Evolución histórica de los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera:

Los APPRI, encuentran su origen en los intereses económicos de los países desarrollados, es decir, los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Estos Estados buscaban crear un instrumento a través del cual se estableciera un marco legal que protegiera sus intereses, en este caso, en relación con sus propias inversiones o con las de sus inversionistas, en especial cuando estas fueran a ser desarrolladas en países en vía de desarrollo.

La creación de este instrumento fue un punto de quiebre para la legislación internacional y la costumbre internacional que existía sobre este tema en particular, ya que esta nueva realidad jurídica incrementaría el flujo de capital foráneo hacia estas economías emergentes debido a lo atractivas que resultaban ser para los Estados desarrollados, bajo la creciente política económica de privatización de empresas (Arsen, 2003).

Lo anterior fundamenta la importancia de precisar lo que se entiende por un APPRI. Sin embargo, de manera previa se debe resaltar que la consolidación de este instrumento como es conocido en la actualidad se desprende de su evolución histórica, por lo que se hará una breve referencia de las distintas generaciones de APPRI para así, poder comprender esta figura contemporánea en su totalidad. Se debe reconocer que los acuerdos internacionales relativos a inversión extranjera tienen un pasado extenso, que data de finales del Siglo XVIII cuando se conocieron los primeros acuerdos internacionales concernientes a la protección de la

propiedad privada en el extranjero (Vandeveld, 2010). Puede decirse que esta evolución se puede segmentar en tres períodos distintos, el primero corresponde a la Era Colonial que comienza a finales del Siglo XVIII y se acaba con el fin de la Segunda Guerra Mundial, una segunda etapa correspondiente a la Era Post-Colonial que comprende el periodo desde el fin de la Segunda Guerra Mundial hasta aproximadamente 1990 con el decaimiento de la Unión Soviética y el tercero correspondiente a la Era Global que comprende el periodo entre el año 1990 y continua hasta el día de hoy (Vandeveld, 2005).

Para comenzar, en la Era Colonial y más específicamente previo a la Segunda Guerra Mundial la inversión extranjera no era un tema relevante en los acuerdos internacionales, la mayoría de estos acuerdos se concentraban simplemente en establecer reglas para las relaciones comerciales entre diferentes Estados y pocos eran los casos en los que dichos acuerdos implementaran provisiones cuya finalidad fuera la de proteger la propiedad privada de nacionales de un Estado en el territorio de otro (Vandeveld,2005). Fue hasta la aparición de los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación celebrados por Estados Unidos, donde la protección a la inversión propiamente dicha comenzó a cobrar fuerza, ya que estos tratados incluían un clausulado que tenía como finalidad garantizar y dar especial protección a la propiedad de nacionales de una de las partes del tratado, cuando ésta estaba en territorio de la otra parte contratante. Es desde entonces que de forma primitiva se comenzó a estructurar la obligación del pago de una indemnización en caso de presentarse una expropiación. Cabe resaltar que en el caso de estos tratados, la protección estaba centralizada en el derecho de propiedad y no en la totalidad de lo que implica una inversión extranjera como tal (Reisman & Sloane, 2004). La principal fuente de normas de este período era la costumbre internacional, no obstante, ésta no ofrecía un mecanismo adecuado para la protección de la inversión

extranjera, ya que así se creyera de forma generalizada que existía un estándar mínimo de protección y trato justo hacia el inversionista extranjero, la costumbre internacional no contaba con la suficiente fuerza y reconocimiento para hacerla oponible al enfrentarse a un caso real, con el agravante de que no existía ningún tipo de clausulado que estableciera la obligatoriedad de dirimir los conflictos ante un Tribunal Arbitral (Ghoury,2011).

En cuanto a la Era Post-Colonial, son tres los eventos históricos que moldearon la estructura y el contenido de los acuerdos internacionales de inversión extranjera. El primero corresponde a la severa depresión económica que se desató con el fin de la Segunda Guerra Mundial, esta situación llevó a que los aliados, habiendo ganado la guerra, construyeran un acuerdo en favor de la liberalización del comercio exterior. Así fue como en 1947 se desarrolló el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el cual propendía por la liberalización del comercio, la reducción de aranceles y el cambio del régimen jurídico de las relaciones de comercio internacionales de acuerdos bilaterales a acuerdos multilaterales. Adicionalmente, la entrada en vigor del tratado pretendía crear una organización multilateral de nivel internacional con la competencia sobre el comercio, sin embargo, esto no sucedió hasta años más tarde, por lo que se puede afirmar que en esta etapa la inversión extranjera continuaba sin estar regulada a nivel internacional (Newcombe & Paradell, 2008).

En concordancia con lo anterior, Estados Unidos continuó celebrando los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación de la Era Colonial, donde se incluía la cláusula proteccionista de la propiedad y protecciones como la del trato justo y equitativo sobre la propiedad de extranjeros, además, incluyeron innovaciones como la de extender la protecciones del tratado a personas jurídicas y finalmente estos acuerdos avanzaron al incluir un clausulado sobre resolución de controversias donde se estipulaba que la Corte Internacional

de Justicia tendría competencia sobre las disputas que surgieran sobre la interpretación o aplicación del acuerdo, lo que resolvió el problema de que un Estado no podía ser sometido a la jurisdicción de un Tribunal Internacional sin su consentimiento. Sin embargo, esto no fue una solución absoluta para el caso de los inversionistas donde de igual forma debían agotar todas las instancias nacionales o persuadir al Estado del que eran nacionales para que demandara ya que dependían de la Protección Diplomática de sus Estados, lo que en ciertos casos podría llegar a desembocar en el uso de la fuerza para proteger los derechos de sus nacionales (Vandeveldt,2010). Lo que quiere decir que los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación de la post-guerra no se concentraban en la protección del inversionista extranjero, lo que evidenció que éstos nunca fueron la mejor herramienta jurídica para lograr esta protección porque eran principalmente acuerdos de comercio negociados a través del GATT.

El segundo evento que moldeó el régimen jurídico de la inversión extranjera fue el proceso de descolonización donde surgieron nuevos Estados independientes caracterizados por no tener un desarrollo económico consolidado. De manera previa, estos Estados rechazaron la inversión extranjera al entenderla como una forma de colonización cuando ésta consistía en entregar el control de bienes de producción de su territorio a actores extranjeros, razón por la cual muchos de estos países cerraron sus economías a nuevas posibilidades de inversión extranjera y comenzaron a expropiar la que ya existía en sus territorios.

Por último, el tercer evento histórico fue el surgimiento de un bloque político socialista liderado por la Unión Soviética. Al finalizar la guerra, de forma inmediata los Estados Socialistas llevaron a cabo expropiaciones masivas del sector privado, incluyendo aquellas pertenecientes a inversionistas extranjeros, lo que condujo a que a comienzos de 1970 los Estados en vía de desarrollo y los Estados socialistas lucharan frente a la Asamblea General

de las Naciones Unidas, donde por una alta mayoría lograron que se estableciera el reconocimiento de su derecho a expropiar inversión extranjera sin la obligación de pagar ningún tipo de reconocimiento o indemnización (Vandavelde, 2005). Fue así como en 1974 la Asamblea General adoptó la Declaración sobre el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional que declaraba que todo Estado tenía plena y permanente soberanía sobre sus recursos naturales y sobre sus actividades económicas, además la declaración no especificaba ninguna obligación acerca del pago de una compensación. De conformidad con lo anterior en diciembre de ese mismo año la Asamblea General adoptó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados donde se reconoce el derecho de los Estados a expropiar y a nacionalizar la propiedad extranjera, donde se estipuló que la compensación debería ser pagada pero no se estableció una obligación de manera clara (Vandavelde, 2005).

Los hechos anteriormente descritos alimentaron un escenario amenazante para los Estados desarrollados, lo que propició la creación de los APPRI, ya que la Carta de las Naciones Unidas adoptada a finales de la guerra prohibió el uso de fuerzas militares para cobrar deudas o para la protección de la inversión extranjera, ya que el único caso exceptuado era la defensa propia del Estado. Debido a la situación anterior donde la protección de la inversión extranjera dentro de la Costumbre Internacional era ineficiente, la creación de los APPRI fue considerada como la mejor alternativa, toda vez que estos acuerdos ofrecían una potencial y más efectiva protección para la prevención de la expropiación sin compensación, lo que los convertía en instrumentos muy atractivos para los inversionistas extranjeros (Vandavelde, 2005).

El perfecto ejemplo para exponer lo descrito anteriormente es Alemania. Este país, al haber sido derrotado en la Segunda Guerra Mundial, tuvo la necesidad de celebrar estos

tratados, el primero que celebró fue en 1959 con Pakistán, ya que necesitaba atraer capital extranjero para recuperar su economía. Desde ese momento, otros países europeos occidentales como Francia, Italia y Dinamarca lo siguieron. Estos nuevos APPRI eran generalmente uniformes en su contenido y se caracterizaban por ciertas cláusulas fundamentales: primero, limitaban al tema de la inversión extranjera, se concentraban principalmente en concertar compromisos para proteger a la inversión extranjera y en especial los intereses del inversionista; segundo, generalmente se realizaba entre un país desarrollado y uno en vía de desarrollo donde el país desarrollado construía el acuerdo y lo ofrecía al país en vía de desarrollo para su firma, lo que quería decir que el poder de negociación era limitado y sólo se aceptaban cambios mínimos; tercero, su finalidad era la de ofrecer garantías legales al inversionista extranjera lo que hacía que los países en vía de desarrollo resultaran atractivos (Ghouri, 2011).

Lo anterior significó un real cambio en el panorama de los tratados ya que previo a estos los tratados de Amistad, Comercio y Navegación se preocuparon por establecer las reglas en las relaciones comerciales y fue hasta la creación de los APPRI donde los inversionistas extranjeros recibieron una real protección para su inversión, pues se construyeron como una medida defensiva a las expropiaciones que se venían presentando sin un adecuado pago de una compensación (Reisman & Sloane, 2004).

Fue así como con la creación de estos tratados comenzó la lucha sobre el reconocimiento de un estándar justo, caracterizado por una compensación pronta, adecuada y efectiva en el caso de presentarse una expropiación. Con el fin de convertirla en una norma reconocida por el Ordenamiento Internacional, adicionalmente, se logró la inclusión, aproximadamente a mediados de 1960, de la cláusula a través de la cual el Estado receptor de

la inversión consentía que cualquier disputa que surgiera a causa del tratado, debía ser llevada ante un Tribunal Arbitral, provisión que fue promovida por la Convención que estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en 1965, hecho que permitió por primera vez que los inversionistas y los Estados receptores tuvieran la posibilidad de resolver sus conflictos sin necesidad de usar la fuerza o hacer uso de la Protección Diplomática por parte del Estado, lo que despolitizó en cierta medida la disputas de inversión extranjera (Vandavelde, 2005).

Finalmente la Era Global representa un período de enormes cambios en el contexto donde los APPRI eran negociados. Uno de los cambios más importantes fue la creación de la Organización Mundial del Comercio en 1995, lo que llevó a que esta organización tuviera competencia sobre las materias relativas a inversión extranjera. Adicionalmente, este periodo experimentó el incremento exponencial y sorpresivo de la celebración de APPRI, causado por dos razones. La primera fue el fortalecimiento de la ideología de apertura económica y, la segunda, la pérdida o desconocimiento de otras alternativas a la inversión extranjera para obtener fuentes de capital, razones que llevaron a los países en vía de desarrollo a abandonar su mirada proteccionista y abrirse a la búsqueda de la inversión extranjera, por lo que el derecho a expropiar sin una debida compensación de la Era Post-Colonial desapareció (Vandavelde, 2005).

El contenido de los APPRI no cambió en mayor medida, ya que permanecieron con la finalidad principal de proteger la inversión extranjera. Cabe resaltar que en la actualidad se han incorporado ciertos cambios, pero estos no han alterado la naturaleza de estos acuerdos. Uno de estos avances ha sido el caso del arduo trabajo por clarificar la aplicación de las cláusulas concernientes a la expropiación en relación con las actuaciones del Estado receptor

de la inversión, tema que se analizará detalladamente más adelante. Es claro que la tendencia hacia la liberalización económica continua, siendo los APPRI un instrumento fundamental para este desarrollo, por lo cual a continuación se estudiará de una manera más detallada este instrumento jurídico.

2.2. Los Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión

Extranjera como instrumento jurídico:

El objetivo central de los APPRI consiste en establecer unos parámetros normativos generales para las inversiones extranjeras, incluyendo así un conjunto de derechos y obligaciones que deben ser cumplidas por los Estados, abriendo la posibilidad a los inversionistas de hacer efectivos sus derechos y hacer cumplir las obligaciones de los Estados en instancias arbitrales independientes a los Estados, donde el inversionista podrá llevar su caso cuando el país receptor de la inversión haya vulnerado cualquiera de sus derechos consagrados y protegidos a nivel internacional. Como nos habíamos referido con anterioridad, una de estas instituciones es el CIADI (Granato & Nahuel Oddone, 2007).

No obstante, la celebración de estos tratados también puede crear riesgos inminentes a los Estados parte, ya que al estar regidos por el DIIE y contener una serie de normas y obligaciones que deben ser cumplidas por éstos, se han llegado a presentar situaciones donde el Estado, al no evaluar con el necesario detenimiento el contenido de los mismos, generalmente sometido a las presiones políticas y económicas, puede degenerar en unas consecuencias más gravosas en comparación a los beneficios obtenidos, situación que se expondrá en el tercer capítulo.

Estos APPRI cuentan con tres efectos principales. En primer lugar, se establece el concepto de trato justo y equitativo por el que propugnan los inversionistas extranjeros. El alcance y significado de este principio ha estado sujeto a distintas interpretaciones por su carácter subjetivo, pero se ha asimilado al principio de buena fe contractual y puede entenderse como: “(...) *cierta voluntad del Estado de entregar al capital extranjero en términos que toman en cuenta los intereses del inversor en justicia y equidad (...)*” (Márquez Escobar & Villegas Carrasquilla, 2009, pág. 171), lo que quiere decir que los Estados se comprometen a comportarse según el objeto y finalidad del acuerdo. Segundo, se le otorga la posibilidad al inversionista de someter toda controversia que acontezca con el Estado receptor de la inversión a una instancia arbitral internacional, superando, de esta forma toda posible incertidumbre sobre el cumplimiento del tratado.

En este punto es importante resaltar que la ley aplicable a este tipo de controversias dependerá de la voluntad de los Estados, quienes podrán estipular la ley aplicable de forma expresa en el APPRI. En caso de que las partes guarden silencio, si estamos frente a un arbitraje que se conduzca bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), se aplicará el artículo 42, el cual, en primera medida, reconoce la soberanía de los Estados para escoger la ley aplicable en los APPRI que éstos hayan celebrado, y en caso de que no la hayan pactado, será aplicable la legislación interna del Estado receptor de la inversión. No obstante, este apartado del artículo ha sido interpretado de manera amplia por los tribunales arbitrales bajo el Convenio CIADI, quienes reiteradamente han expuesto que cuentan con la facultad suficiente de interpretar cada caso en particular, lo que quiere decir que los tribunales deciden qué alcance otorgarle al derecho nacional del Estado receptor, aumentando la incertidumbre del Estado receptor, ya que usualmente hacen prevalecer las

obligaciones pactadas en el tratado y las reglas de derecho internacional que consideren aplicable al caso (Cárdenas, 2016).

Por último, se garantizan todos los derechos del inversionista extranjero cuando por ciertas circunstancias el contrato deba ser concluido por razón de una variación del derecho interno del Estado. Esto quiere decir que el Estado receptor está en la posibilidad de dar por concluidas las obligaciones a las que se comprometió con el inversionista extranjero - expropiar-, siempre y cuando se encuentre bajo ciertas circunstancias que el mismo tratado deberá prever; como lo podría llegar a ser el interés público. Adicionalmente, no podrá perjudicar al inversionista, esto es, deberá otorgarle una compensación total que lo deje en las mismas condiciones en las que estaba previo a su inversión (Granato & Nahuel Oddone, 2007).

Así entonces, como resultado de estos efectos, se consolida una fuerte seguridad jurídica en cabeza de los inversionistas extranjeros cuando éstos pretendan realizar sus inversiones bajo el amparo de uno de estos tratados. No obstante, lo mismo no se puede predicar de los Estados, ya que la construcción de estos tratados se orientó en fortalecer la seguridad de los inversionistas extranjeros, pero no la de los Estados receptores, problemática jurídica que será puntualizada más adelante.

2.2.1. Diferencias entre los modelos de Acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera utilizados en la actualidad:

Teniendo en cuenta lo anterior, todos los APPRI como instrumentos jurídicos, propenden por una misma finalidad consistente en proteger al inversionista extranjero. Sin embargo, se debe resaltar que cada uno de estos tratados contiene ciertas diferencias, aunque su contenido se concentre en las mismas disposiciones. Nos centraremos en resaltar las diferencias sustanciales entre el modelo de APPRI utilizado por Estados Unidos, el utilizado por los países que pertenecen a la Unión Europea y el Modelo de APPRI en el que está desarrollando el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia en la actualidad.

No cabe duda que frente al modelo utilizado por los países de la Unión Europea y el modelo de los países que hacen parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) existen diferencias. Como referencia del último grupo de países, utilizaremos la aproximación del modelo de Estados Unidos el cual tiene como objetivo principal el apoyo y la protección recíproca entre las partes de la inversión extranjera, tratándose de un modelo que utiliza una definición de inversión amplia, lo que quiere decir que abarca todo tipo de inversión y siempre contienen reglas sobre resolución de conflictos entre el inversionista y el Estado receptor (Houde, 2006). Este modelo de APPRI de los Estados Unidos sufrió una actualización en el año 2012, donde se conservaron los estándares previamente mencionados, pero se desarrollaron acercamientos innovadores a temas problemáticos, como es el caso de responder a la incógnita de cómo reconciliar a la inversión extranjera con las necesidades presentes en la sociedad de hoy en día relacionadas con temas medioambientales, de salud y laborales, entre otras (Johnson, 2012).

En cuanto a los Estados miembro de la Unión Europea la mayoría tuvieron que eliminar incompatibilidades de sus APPRI para poder hacer parte de esta Organización, por lo cual han tenido que acoplarse a ciertos estándares. La diferencia fundamental de este modelo de APPRI

es que estos Estados están evolucionando sus acuerdos, partiendo de una visión proteccionista de la inversión tradicional hacia una más liberada, lo que quiere decir que estos países están desarrollando sus APPRI bajo un modelo de integración económica regional. Como política económica concerniente a la inversión extranjera la Unión Europea como organismo económico ha propuesto que sea esta Organización la única con competencia cuando la Organización o uno de sus Estados miembro sea demandando ante un Tribunal Arbitral, lo que quiere decir que se estaría adaptando el método de solución de controversias preexistente consistente en el Arbitraje de diferencias entre el Estado y el inversionista por uno en donde la Unión Europea como representante del Estado miembro lo remplace ante el Tribunal Arbitral (Houde, 2006).

Este cambio se ha venido presentando de forma paulatina. Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa celebrado en el 2007, los APPRI eran firmados por cada uno de los Estados miembro, por lo que cualquier eventual demanda era manejada por el Estado afectado. En la actualidad, estos acuerdos están siendo manejados por la propia Unión Europea, sin embargo, desde que esto comenzó a ocurrir se ha generado un debate entre los propios Estados y la Organización, sobre la distribución de poder frente a las inversiones extranjeras, ya que ahora es la Unión Europea la que tiene la competencia para negociar y celebrar nuevos acuerdos que afecten este tema. Finalmente, fue con la expedición de la Regulación No. 1219 de 2012 que entró en vigor en el 2013, donde se entregaron aclaraciones sobre el estado de los APPRI celebrados con los Estados miembro de la Organización y se establecieron las responsabilidades a cargo de la Unión Europea y de sus miembros respectivamente (Schacherer, 2016).

Con lo anterior, se puede identificar que el modelo utilizado por Estados Unidos se caracteriza por ser una nueva generación de este tipo de acuerdos, ya que han comenzado a incluir cláusulas innovadoras al preocuparse por la protección del medio ambiente, del consumidor, de la salud y de los derechos laborales reconocidos a nivel internacional, pero que conserva el tradicional método utilizado de resolución de controversias entre el Estado y el inversionista. Mientras que los países de la Unión Europea en la actualidad se encuentran acoplándose a la idea de que en el futuro exista la posibilidad de un acuerdo a nivel multilateral, por lo que siguen trabajando por un modelo unificado, y por una integración económica y política, donde sea la Unión Europea la encargada de manejar la inversión extranjera de manera concentrada, por lo que se encuentran en la búsqueda de una nueva aproximación al método de solución de controversias, donde el Estado es remplazado por la Organización.

En cuanto a Colombia como país latinoamericano, éste se enfrenta a dos grandes retos: el primero, el de mejorar y fortalecer su modelo de APPRI para que estos convenios sean técnicamente mejores y más favorables en el futuro y, adicionalmente, la futura negociación de un acuerdo de carácter regional que consolide un trato uniforme hacia el inversionista extranjero, pero que como objetivo principal sea compatible con los intereses de la región y los proteja. El modelo de APPRI que está desarrollando en la actualidad el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, ha presentado muchos desafíos sin embargo, la finalidad principal de este nuevo proyecto es el de consolidar un modelo de negociación que sea homogéneo y que permita seguir otorgando seguridad jurídica a los particulares, sin olvidar al propio Estado Colombiano. La rápida y enorme evolución del DIIE ha exacerbado la necesidad de actualizar la versión anterior correspondiente al modelo del año 2011, la mayor

preocupación de esta actualización es el latente problema de abusos al mecanismo de solución de controversias que corresponde al uso de Tribunales Arbitrales para solucionar las diferencias entre el inversionista y el Estado, ya que de manera global esto ha llevado a una crisis de legitimidad democrática del DIIE (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia, 2018).

Al ser evidente esta problemática Colombia está desarrollando un modelo de APPRI que busca recoger de una manera más específica y amplia todas las circunstancias que se pueden presentar en la relación de un inversionista extranjero con el Estado receptor de la inversión, por lo que se puede decir que migra de un modelo clásico de pocos artículos a un modelo más complejo y estructurado. El principal objetivo de este modelo es el de impedir que continúe el abuso por parte de los inversionistas extranjeros que se ha venido presentando a través de la utilización del arbitraje internacional como medio de resolución de controversias, sin que esto implique la disminución en la protección adecuada a los inversionistas, ya que para Colombia la atracción de capitales extranjeros sigue siendo parte fundamental de su política comercial (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia, 2018).

Ahora bien, es claro que en la actualidad existen distintos modelos de APPRI pero que su finalidad siempre es la misma y corresponde a la protección de los intereses del inversionista extranjero, razón por la cual a continuación se expondrán de manera general los mecanismos que buscan cumplir con este objetivo consagrados dentro de estos acuerdos.

2.3. Mecanismos que utilizan los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera para proteger al inversionista extranjero:

Es así como, los APPRI se concentran en proteger a los inversionistas nacionales de los Estados parte de este tratado, en relación con las inversiones que estos desarrollen en el territorio del otro Estado parte del tratado. Se debe resaltar que: “(...) *las cláusulas de estos tratados marco persiguen un objetivo de estabilidad, intentando garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos, o de otra índole, del Estado parte. Tratan, así, de preservar lo que los países desarrollados consideran el ‘equilibrio de los contratos.’*” (Gutiérrez Posse, 1993, pág. 9).

En concordancia con lo anterior, bajo el Derecho Internacional y en virtud del principio internacional de “*pacta sunt servanda*” contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que establece que: “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*”, cualquier incumplimiento o transgresión de los compromisos pactados en el tratado serán considerados una violación al Derecho Internacional, por lo que en conclusión cualquier conflicto que surja a raíz de alguno de estos tratados tendrá una especial protección que garantice los intereses del inversionista.

De conformidad con lo anterior, estos acuerdos, además de consagrar derechos que protegen a los inversionistas extranjeros, les otorgan instrumentos que les permiten obligar a los Estados a ceñirse a lo pactado; siendo ésta una característica fundamental de estos tratados, toda vez que sin estas garantías no sería posible otorgar la seguridad jurídica que requiere el inversionista. En consecuencia, el Estado del cual es nacional el inversionista, también tendrá

un vínculo jurídico internacional con el Estado receptor de la inversión, por lo que en un eventual conflicto el inversionista puede requerir la asistencia de su propio Estado.

Lo anterior, se encuentra ligado con la posibilidad que traen estos tratados de dirimir conflictos entre un actor privado y un actor estatal, situación que antes no era fácilmente concebida (Arsen, 2003). Por esto los APPRI están teniendo un rol significativo en el crecimiento de la inversión extranjera, principalmente en los países en vía de desarrollo los cuales han utilizado esta herramienta, caracterizada por ser un instrumento ideal para la propagación de la inversión extranjera.

Ahora, precisando asuntos sobre los APPRI, no existe un único documento que defina cómo se desarrollan o qué contienen específicamente estos acuerdos. Normalmente, los Estados tienen como base un modelo que generalmente incluye ciertas cláusulas con protecciones sustantivas predeterminadas, no obstante, cada uno de estos tratados es único. Por regla general, estos acuerdos contendrán un clausulado básico donde se establecen las obligaciones a las que se comprometerán los Estados que, analizado desde un punto de vista sustancial, corresponden más a estándares de conducta que a tipificaciones jurídicas, lo que quiere decir que el contenido no se encuentra tipificado en su totalidad de una manera *ex ante*, sino que se irá determinando conforme a las circunstancias del caso en concreto, por lo que, en realidad, se trata de un lineamiento de la conducta esperada y no de una descripción taxativa y detallada de la conducta requerida (Granato & Nahuel Oddone, 2007). En este orden de ideas, se describirán de forma sucinta algunas de las cláusulas principales que, por regla general, contienen la mayoría de estos tratados.

2.3.1. Principales cláusulas:

La primera es la cláusula de Tratamiento Nacional o Tratamiento no Discriminatorio, la cual propugna porque el inversionista extranjero sea tratado de igual forma que un inversionista local. Esto garantiza que los inversionistas extranjeros se encuentren bajo las mismas condiciones y con las mismas oportunidades de un local en el mercado doméstico receptor de la inversión.

Segundo, la cláusula de Trato de la Nación más Favorecida, la cual comprende la obligación de que todos los privilegios que sean garantizados a un inversionista extranjero cobijado por uno de estos acuerdos deberán ser extendidos a todos los demás inversionistas extranjeros que contraten con el Estado. Esto quiere decir que se le otorga el derecho al inversionista beneficiario de recibir el mismo tratamiento que se ha acordado con un tercer Estado así esto se realice antes o después de que su propio tratado haya entrado en vigencia, lo que se concreta en que: *“Un Estado concede a otro el tratamiento de Nación más Favorecida cuando, por medio de una estipulación contractual, se obliga a hacer extensivos al otro Estado contratante los beneficios que haya concedido, o que concediere en lo futuro, a un tercer Estado.”* (Moreno Rodríguez, 1998, pág. 703).

En tercer lugar, se encuentra la cláusula de solución de controversias, ya mencionada previamente, según la cual, el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones asumidas en estos APPRI traerá como consecuencia la responsabilidad a nivel internacional del Estado por los daños que hubiere ocasionado. Por lo que, se puede asegurar que siempre estos tratados establecen como mecanismo de solución de controversias la posibilidad del inversionista extranjero de recurrir al arbitraje internacional para solucionar las controversias con el Estado receptor de la inversión (Granato & Nahuel Oddone, 2007). Lo anterior, trae significativos

beneficios al inversionista extranjero, ya que éstos y sus Estados necesitan garantías legales que les aseguren un mecanismo efectivo y vinculante de resolución de los posibles conflictos que surjan. Ésta es una de las mayores innovaciones y de las más efectivas seguridades que poseen, anteriormente ni el Derecho Internacional ni la Costumbre Internacional lo proporcionaban, por lo que se corría el riesgo de no poder hacer cumplir los compromisos pactados (Dugan, Wallace, Rubins, & Sabahi, 2011).

Teniendo en cuenta lo anterior, es importante mencionar que en la actualidad se han presentado críticas frente a este método de solución de controversias, lo que ha llevado a ciertos Estados a proponer nuevas alternativas o a tomar otras medidas con el fin de modificar el sistema de solución de controversias en materia de inversión. Debemos precisar que hoy en día la cláusula arbitral sigue siendo utilizada en todos los APPRI, no obstante, se han presentado discrepancias frente a esta protección que era comúnmente compartida. Uno de estos casos es el de los países pertenecientes a la Unión Europea que a través de la Comisión Europea está trabajando conjuntamente con el Gobierno Canadiense para establecer un tribunal multilateral de inversiones, lo que significa que se busca establecer un órgano permanente encargado de resolver todas las controversias que surjan a partir de las inversiones, por lo que se abandonaría el sistema arbitral. Lo anterior tiene como finalidad que este tribunal pueda dirimir los conflictos con arreglo a los APPRI, esta idea se basa en el objetivo de desarrollar una política coherente, unificada y eficaz para la resolución de conflictos, lo que ha hecho que terceros Estados también se hayan interesado por la propuesta y lo que ha propiciado que se celebren diferentes compromisos a favor de esta causa, lo que implicaría que en el futuro el arbitraje fuera remplazado en estos casos por el tribunal permanente. Esta

es una idea en desarrollo, lo que quiere decir que la cláusula arbitral sigue vigente en todos los APPRI pero esto eventualmente podría llegar a cambiar (Comisión Europea, 2016).

Otro ejemplo es el caso de Ecuador que ha tomado la decisión de denunciar todos sus APPRI. En el 2008 Ecuador había denunciado nueve, luego en 2010 otro más y ahora en mayo de 2017 denunció los 16 APPRI restantes a los que pertenecía. Esto quiere decir que con estas últimas denuncias Ecuador ha completado el proceso de salida de todos sus APPRI. La razón por la que esta decisión fue tomada radica en que el país en los últimos años ha utilizado millones de dólares perteneciente al dinero público para defenderse en los procesos arbitrales que han surgido a raíz de estos tratados, lo que ha generado la desestabilización de su economía. Estas acciones han influenciado otros países en vía de desarrollo, quienes han tomado la misma decisión o han expresado sus intenciones de hacerlo con la intención de unir esfuerzos en reformar y equilibrar el régimen de inversión extranjera que se ha caracterizado por ser inequitativo con estos países, afirmación que se abordará más adelante al adentrarnos en el caso colombiano (Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2017).

Con los ejemplos expuestos anteriormente se quiere evidenciar que uno de los principales mecanismos desarrollados para la protección del inversionista se encuentra en crisis y en los próximos años podría estar cambiando sustancialmente, es por esto que todos los países, y especialmente aquellos en vía de desarrollo, al encontrarse en condiciones distintas frente a las seguridades que proporcionan estos tratados, deben evaluar si el cambio podría llegar a beneficiarlos, sin que esto implique la disminución de la inversión extranjera.

Cuarto, es de suma importancia resaltar que el grupo más significativo de cláusulas son aquellas clasificadas como cláusulas de riesgos políticos no comerciales, tienen como fin último blindar al inversor extranjero de aquellos riesgos que, como su nombre lo dice, son

políticos y no comerciales, esto es, que son ajenos a las condiciones económicas de la relación jurídica y dependen de las decisiones políticas de cada Estado. Así entonces, éstas recaen en las restricciones sobre transferencias de divisas, las nacionalizaciones, las expropiaciones y los daños ocasionados por la guerra o eventos similares, situaciones que por importancia pueden llegar a interferir con los derechos de propiedad previamente otorgados al inversionista extranjero, por lo que estas cláusulas buscan garantizar la intangibilidad de los derechos de los inversionistas sobre su inversión (Granato & Nahuel Oddone, 2007).

2.3.2. Precisión frente a la diferencia de expropiación y nacionalización:

En este punto, es necesario resaltar que la cláusula de expropiación es de particular importancia, especialmente en los casos en los que los países que celebran estos acuerdos cuentan con economías emergentes que se caracterizan por ser inestables, al igual que sus regímenes políticos. Internacionalmente se ha reconocido que los APPRI permiten a los Estados receptores de las inversiones nacionalizar o expropiar las inversiones extranjeras bajo ciertas condiciones, que se consolidan en tres lineamientos principales, lo primero es que se haga bajo una base no discriminatoria, segundo, la causa corresponda a la protección del interés público y, por último, se cumpla con el pago de una compensación, elementos que serán explicados en el próximo capítulo.

La tendencia preexistente en relación con, los lineamientos sobre este tema al momento de la suscripción de estos acuerdos han reconocido y otorgado el derecho a los Estados receptores de nacionalizar o expropiar la propiedad privada extranjera objeto de los acuerdos resultantes de la inversión extranjera, bajo ciertas condiciones que el mismo tratado prevea. La mayoría de estas cláusulas aplican tanto para la nacionalización, como para la

expropiación, tanto que es un patrón que se usen indistintamente y se haga referencia a éstos por general en la misma cláusula, es aquí donde emerge una problemática generalizada de estos tratados. Como consecuencia de lo anterior, los APPRI al no abordar la definición de cada uno de estos conceptos, no establecen diferencias sustanciales. (United Nations, 2007).

Para no desviar nuestra atención en la diferenciación entre nacionalización y expropiación, ya que entraremos a estudiar el fenómeno de la expropiación a profundidad en el siguiente capítulo, debemos anotar que de forma generalizada la nacionalización consiste en una operación estatal por medio de la cual se intervienen las actividades de una empresa del sector privado ante una situación económica o social de crisis, donde el Estado tiene la potestad de requerir que dichas empresas pasen a ser de interés público. Se trata de grandes apropiaciones y se podría entender como: “(...) *la actuación de un Gobierno en pos de incorporar al acervo nacional bienes y medios económicos, haciéndose cargo de su administración y explotación (...)*” (Dromi, 2004, Pág. 951), a diferencia de la expropiación que no se da como un fenómeno aplicable en términos generales a estados de crisis. Finalmente, la nacionalización, puede llegar a contar o no con una compensación dependiendo de las circunstancias del caso, mientras que la expropiación, la cual se da con base en motivos de utilidad pública o interés social, deberá contar siempre con una compensación.

La nacionalización y expropiación se han caracterizado por ser los temas más controversiales al momento de celebrar estos tratados, por lo que es claro que la cláusula que prevea este tema es una de las más significantes dentro de los APPRI y su inclusión confiere una protección sustantiva al inversionista extranjero al prever la expropiación, pues se propende por la protección del derecho de propiedad del inversionista.

En las últimas décadas se había logrado una convergencia real acerca de la expropiación, pues era reconocida como legítima bajo las directrices previamente mencionadas. Sin embargo, ahora el terreno es incierto debido al fenómeno de la expropiación indirecta, siendo ésta considerada ilegal bajo la óptica internacional, pero a pesar de ello se ha venido presentando alrededor del mundo, razón por la cual nos centraremos en el problema latente de inseguridad jurídica que esta situación está acarreado.

Al haber hondado en los instrumentos jurídicos que los APPRI consagran en favor de los inversionistas extranjeros para que estos pueda proteger sus intereses y el tratamiento que el DIIE les ha dado, se debe resaltar que estos se han consagrado como una herramienta innovadora en el ámbito internacional al permitir que los compromisos previamente pactados se puedan hacer cumplir de manera efectiva en instancias internacionales, pero a la vez nos ha permitido evidenciar los riesgos inminentes que éstos traen para los Estados receptores de la inversión, como es el caso de la expropiación, por lo que el siguiente capítulo se centrará en el estudio de esta situación jurídica bajo la óptica del DIIE, su relación con el derecho de propiedad y su concepción dentro del Ordenamiento Jurídico colombiano.

3. EXPROPIACIÓN:

3.1. Expropiación en el terreno del Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras:

Como punto de partida, es fundamental remitirnos a la definición de expropiar. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo ha definido como: *“Privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes.”* (Real Academia Española, 2017). Esto quiere decir que se trata de una situación jurídica prevista por la ley que, adicionalmente, debe darse a través de una sentencia judicial para contar con legitimidad. La definición antes presentada hace alusión a la expropiación directa, donde el Estado tiene el poder de privar al titular de un bien o de un derecho, de esté. Las razones que justifican esta situación jurídica se encuentran descritas en la ley, lo que quiere decir que se trata de una acción legal y, como consecuencia, el Estado queda obligado a otorgar una compensación al afectado.

Esta potestad estatal tradicionalmente contaba únicamente con limitaciones de carácter constitucional, pero en la actualidad, más precisamente en las últimas dos décadas, con la liberalización de los mercados ha trascendido del orden nacional al internacional, ámbito que ha definido nuevas restricciones para el Estado, en relación con este tema.

El crecimiento exponencial del número de APPRI celebrados en los últimos años ha hecho que este tema se vuelva muy relevante a la hora de atraer inversión extranjera a los países en vía de desarrollo, como lo es Colombia. Esto se debe a que, como ya se resaltó en el capítulo anterior, los inversionistas extranjeros se pueden llegar a ver afectados por la

expropiación, por lo que la consagración de esta protección es fundamental para salvaguardar los intereses de estos inversionistas. No obstante, estas cláusulas al mismo tiempo estarán restringiendo el propio poder regulatorio del Estado cuando celebra un APPRI, lo que podría llevar al riesgo inminente de cesión de su soberanía (Márquez, 2008).

En concordancia con lo anterior y en el ámbito del DIIE, se traen a colación dos conceptos. El primero hace referencia a la expropiación directa que corresponde a la definición que se ha expuesto previamente, donde el Estado, de forma directa, está afectando al titular del derecho o bien y por esto lo compensa económicamente. La comunidad jurídica internacional cuando se refiere a la expropiación directa admite que ésta no es *per se* ilegal, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos, los cuales han sido establecidos a través de la práctica reiterada y los laudos arbitrales y que protegen al inversionista extranjero (Rosabal, 2011).

El segundo es el de expropiación indirecta, como su nombre lo indica, es la situación en donde el Estado afecta los derechos del inversionista a través de una acción que no está dirigida directamente al titular del derecho o del bien, pero que por un efecto colateral trae consecuencias adversas a éste, lo que quiere decir que, en el caso del inversionista extranjero, éste puede alegar que una acción administrativa del Estado receptor de la inversión, como: la expedición de leyes, decretos o actuaciones administrativas o de política pública, están vulnerando sus derechos de propiedad sobre su inversión, lo que frente a cualquiera de estos tratados es una causa legítima para reclamar una compensación, si éste sufre un perjuicio económico (Dolzer, 2002).

Lo anterior, quiere decir que en la realidad se están viendo frustradas las expectativas que tenía el inversionista sobre su inversión a causa de una intervención por parte del Estado

sobre los derechos de propiedad privada del inversionista, usurpando los derechos que previamente le habían sido otorgados, pero el problema es que el Estado no lo ha reconocido así, razón por la cual no ha realizado la compensación correspondiente, incumpliendo con sus obligaciones, lo que causa que el inversionista pueda llevar el posible conflicto emergente ante un Tribunal Arbitral Internacional.

Es por lo anterior que la expropiación indirecta representa un desafío y un riesgo a los Estados, más precisamente cuando a nivel internacional existe una falta de univocidad sobre la definición de este concepto, lo que exagera esta problemática latente. Ésta es la razón por la cual se examinará la situación de inseguridad jurídica a la cual se enfrentan los Estados, por la falta de determinación del concepto de expropiación indirecta. Los Estados cuentan con la autonomía de realizar un examen de costo-beneficio frente a los riesgos que puede traer ser demandado frente a un tribunal arbitral y los beneficios que las inversiones extranjeras traen a la economía del país, por lo que se pretende hacer un balance sobre si la celebración de un APPRI aporta mayores beneficio a los Estados, en especial a Colombia, aunque el país se enfrente a posibles perjuicios en el caso de una eventual demanda de expropiación indirecta contra del Estado.

3.2. Relación de la expropiación con el derecho de propiedad:

Como punto de partida la expropiación se desprende del derecho de propiedad, derecho que se puede ver afectado tanto en su esfera tangible, como en la intangible mientras sea posible valorarla económicamente, como sería el caso de los derechos contractuales, los intereses, los derechos de administración, entre otros. Cabe resaltar que, la protección de estos derechos intangibles conexos sólo podrá ser valorada dependiendo de la definición de

propiedad y de inversión que tienen los propios Estados en su legislación interna, los cuales en su gran mayoría traen conceptos muy amplios sobre estos términos, al igual que el propio DIIE (Gordillo, 1967).

Es claro que no todos los derechos vulnerados están en la capacidad de conformar una demanda por expropiación, por lo que debe analizarse cada caso en concreto. Frente a los derechos tangibles no hay discusión, por lo que expondremos a continuación algunos casos donde distintos tribunales determinaron que podría existir expropiación sobre derechos intangibles, simplemente para esclarecer esta parte conceptual.

En el caso de *Emmis International Holding, BV y otros contra Hungría*, un Tribunal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), declaró que la pérdida de un derecho conferido por un contrato sólo puede dar lugar a una reclamación de expropiación si el derecho vulnerado corresponde a un activo de propiedad del reclamante al que pueda atribuirse un valor monetario. Fue así como el Tribunal determinó que los derechos que se dictaban como resultado de la participación en una licitación no constituían bienes de propiedad controlados por los demandantes, por lo que estos derechos no podían ser vendidos y comprados libremente, significando que no tenían un valor monetario (*Emmis International Holding, BV and others V Hungary*, 2014). Por lo anterior, el tribunal consideró que no había lugar a la reclamación.

En *Norwegian Shipowners contra Estados Unidos*, el Tribunal señaló que los derechos contractuales pueden ser considerados derechos de propiedad sobre los que es procedente una expropiación indirecta. En este caso, Estados Unidos expidió una ley a través de la cual se obligaba a los constructores de barcos a cancelar los contratos de construcción de navíos existentes, ya que el país debía prepararse para la Primera Guerra Mundial y el gobierno

necesitaba ocupar estos contratos. En su contestación, alegó que no se podía configurar una expropiación sobre derechos contractuales, pero, como ya se precisó, el tribunal consideró que efectivamente se trataba de una expropiación, ya que tanto la ley estadounidense como la noruega protegían estos derechos por lo que se concluyó que se había configurado una expropiación indirecta (*Norwegian Shipowners Claims, Norway V United States, 1992*).

Lo anterior demuestra que bajo los APPRI se busca dar una protección especial y amplia al inversionista extranjero, por lo que la expropiación, de una forma generalizada, va en efecto a abarcar cualquier actuación del Estado que pueda lesionar económicamente a un inversionista extranjero en relación con su derecho de propiedad, por tanto, cualquier tipo de expropiación sobre la titularidad de su derecho de propiedad debería ser compensada por parte del Estado. Además, como consecuencia de la cláusula compromisoria que prevé como medio de solución de controversias al arbitraje cualquier disputa concerniente a este tema deberá llevarse ante un Tribunal Arbitral Internacional, lo que colocaría en una situación riesgosa al Estado (Gelerstein & Portales, 2012).

Es claro que en la actualidad existe un amplio debate legal sobre la expropiación y su interferencia con el derecho de propiedad, la mayor problemática en el terreno del DIIE es la casi absoluta ausencia de un análisis conceptual organizado sobre los aspectos que caracterizan la propiedad y lo que define el derecho a la misma. Esta situación ha dejado la puerta abierta a que el concepto de propiedad se haya definido por cada uno de los sistemas legales domésticos, lo que ocasiona un grave problema, al haber pluralidad de comprensiones sobre el derecho de propiedad, la determinación de cuándo se ha perdido el derecho, o cuándo la privación del derecho es legítima y cuándo no bajo un APPRI, ha quedado supeditado a la decisión de un Tribunal Arbitral Internacional.

Esto quiere decir que el poder regulatorio de los Estados en cuanto a la concepción del derecho de propiedad está quedando limitado a las expectativas de estos actores privados o corporaciones, que en la tendencia global corresponden a los inversionistas (Higgins, 1982). Lo anterior se reafirma con el entendimiento generalizado acerca de que el derecho a la propiedad privada es superior al poder de intervención del Estado en la economía, lo que tiene como efecto la obligatoriedad de que exista una plena compensación de por medio, para no vulnerar los derechos del inversionista extranjero (Márquez, 2008).

3.3. La expropiación dentro del Ordenamiento Jurídico Colombiano:

Teniendo en cuenta lo anterior, es crucial adentrarnos en el ordenamiento jurídico colombiano para comprender el tratamiento que se le ha dado al tema de la expropiación en el país, toda vez que, como se expuso anteriormente, éste se desprende del derecho de propiedad y la concepción que se le ha dado a este tema en cada legislación, ha incidido directamente en los Tratados de Promoción y Protección celebrados por Colombia.

En Colombia, la expropiación cuenta con unos fundamentos constitucionales contenidos en el artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece: *“1. Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”*, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que expone: *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social en los casos y según*

las formas establecidas en la ley.” y que se concretan en el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia que dispone:

“ARTICULO 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.”
(Subrayado y negrilla fuera del texto)

De este artículo se desprenden varias ideas, las cuales se recopilarán de forma sucinta para así comprender la expropiación bajo la legislación colombiana. Lo primero es el concepto de “*propiedad privada*” que se correlaciona con el concepto de derecho real de dominio o de propiedad, contenido en el artículo 699 del Código Civil Colombiano. Éste se caracteriza por ser relativo como lo ha expuesto la sentencia C-537 de 1997, ya que existen limitaciones al derecho de propiedad, lo que quiere decir que el dueño tiene poderes sobre la cosa dentro de los límites impuestos por la ley y el derecho ajeno; esto quiere decir que el ejercicio de este derecho no puede ser objeto de abuso y se debe respetar el ejercicio de los derechos de los

otros². Adicionalmente es exclusivo, esto quiere decir que el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en el ejercicio, goce y disposición de su derecho, aunque existen unas limitaciones como lo son la servidumbre y la propiedad horizontal, entre otros. Para finalizar se trata de un derecho perpetuo puesto que, la propiedad dura cuanto dure la cosa, lo que quiere decir que la propiedad no se extingue por su no uso salvo en casos de extinción de dominio consagradas por la ley.

La propiedad privada en la sentencia C-189 de 2006 de la Corte constitucional es definida como: *"(...) como el derecho real que se tiene por excelencia sobre una cosa corporal o incorporal, que faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realicen las funciones sociales y ecológicas que le son propias."* Teniendo en cuenta lo anterior, la propiedad cumple con una función social, la cual constituye el uso de la propiedad al máximo generando los menores costos sociales, esto quiere decir que la propiedad, aun siendo privada, tiene un límite, puesto que, si entra en conflicto con el interés público, ésta deberá ceder en interés de la colectividad.

La justificación de lo anterior se encuentra en que la propiedad está encaminada a satisfacer las necesidades de interés común o social, razón por la cual el mismo artículo 58 lo reconoce y es acá donde aparece la expropiación. Adicionalmente, la propiedad tiene una función ecológica, la cual se encuentra dispuesta en el artículo 79 de la Constitución Política,

² *"La Corte ha afirmado, en múltiples ocasiones, que la propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema. // Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado."* (Corte Constitucional, Sentencia C-189 de 2006)

donde se consolida el derecho de todos a gozar de un ambiente sano, así como el artículo 80 donde se plantean distintas obligaciones en cabeza del Estado, como la planificación, el manejo y el aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, entre otras.³

Considerando lo expuesto y retomando el artículo 58 de la Constitución Política, bajo el Ordenamiento Colombiano la expropiación se puede llevar a cabo por razones de utilidad pública o interés social que haya definido el legislador, punto de gran importancia que se debe tener en cuenta para poder delimitar cuándo esta acción gubernamental es procedente, sin dejar de precisar que es necesario que se dé a través de una sentencia judicial y se cumpla con una indemnización correspondiente para no vulnerar el derecho de nadie. Se debe puntualizar que éste es el caso de una expropiación directa, ya que la sentencia está dictada por un órgano judicial y el Estado tiene la carga de indemnizar al inversionista.

Recapitulando las razones que el constituyente determinó como las causas procedentes de la expropiación, debemos comenzar por el concepto de utilidad pública, el cual se restringe al desarrollo de una obra pública o de la prestación de un servicio público, que comprenden aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en una determinada población, tales como hospitales, escuelas, unidades

³ “Ahora bien, en la época actual, se ha producido una “ecologización” de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”. (Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1998)

habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros (Corte Constitucional, Sentencia T-284 de 1994).

Por otra parte, el concepto de interés general, se trata de una concepción indeterminada (Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 2001) cuyo contenido ha de hacerse explícito y deberá verificarse para cada caso en concreto, esto quiere decir que esta justificación no puede utilizarse a priori como razón del Estado para justificar una conducta irracional, la protección injustificada de un interés oculto o la vulneración de los derechos de las personas, ya que no es absoluto ni de aplicación inmediata, puesto que, la invocación de tal interés debe estar realmente dirigida a la obtención de los objetivos constitucionales, además debe ser razonable y proporcional, con el fin de conciliarla con los intereses particulares.

Entre tanto, el de “interés social”, que la Constitución actual emplea en sus artículos 51, 58, 62, 333 y 365, es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la concepción del “*Estado como social y de derecho*”, contenido en el artículo primero de la Constitución. En tal medida, el apelativo de social le imprime una finalidad y un límite a la actividad estatal, determinando, específicamente, las condiciones dentro de las cuales los intereses económicos particulares son susceptibles de protección. Así, este conjunto de garantías que otorga el Estado implica, a su vez, una necesaria intervención social de su parte, que tiene como finalidad inmediata y directa y como límites constitucionalmente exigibles, el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas (Corte Constitucional, Sentencia C-053 de 2001).

Ahora bien, la Corte Constitucional en la Sentencia C-476 de 2007 expone una clara definición de expropiación la cual reza así: “(...) *operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público*

de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa". Lo anterior destaca que se trata de una restricción administrativa a la propiedad, la cual tiene unos lineamientos claros. Esta debe ser proporcional a la necesidad administrativa que se busca satisfacer, lo que quiere decir que no se trata de una medida fija sino varía en relación con la necesidad en concreto (Gordillo, 1967).

Lo anterior evidencia que el proceso de expropiación en Colombia cuenta con ciertas garantías, luego debe velar por el principio de legalidad, el debido proceso y el derecho a la defensa, además debe efectuarse mediante sentencia judicial o excepcionalmente por vía administrativa y siempre corresponde el pago de una compensación, la cual debe ser previa al traspaso del dominio del bien, justa, es decir, ser fijada teniendo en cuenta los intereses de la comunidad y del afectado y plena, pues deberá dejar al titular del derecho o del bien en las condiciones que se encontraba previamente. Con respecto a lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia C-227 de 2011 expuso la función de ésta; *"(...) por regla general, de orden reparatoria, así que debe comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante."* De esta forma se constituirá una real indemnización para el afectado.

Retomando la definición de expropiación, se trae a colación el concepto de operación administrativa, el cual significa: *"(...) actividad material de una entidad pública o persona privada en ejercicio de funciones administrativas, que tiene por objeto la ejecución de los actos administrativos."* (Consejo de Estado, Sentencia 15036 del 2009).

Esta operación comprende los siguientes elementos, que se encuentran plenamente descritos en la sentencia C-227 de 2011 donde la Corte Constitucional expuso que los sujetos están conformados por *"El expropiante es el sujeto activo, es decir quien tiene la potestad expropiatoria; el beneficiario, es quien representa la razón de ser de la expropiación, el*

creador del motivo, de la necesidad de satisfacer un interés público y/o utilidad pública y el expropiado, titular de los derechos reales sobre los bienes requeridos por el Estado.” Su objeto abarca, “(...) los derechos de índole patrimonial que sacrifican los particulares a favor de la Administración (...)” (Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2011). Adicionalmente es necesario contar con la justificación o causa expropiandi la cual “(...) debe tener un objetivo que cumplir, que sea acorde con los fines de la utilidad pública e interés social, especificado en la norma que la crea: “lo primero que hay que notar es que el fin de la expropiación no es la mera “privación” en que ésta consiste, sino el destino posterior a que tras la privación expropiatoria ha de afectarse el bien que se expropia” (Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2011).

En Colombia existen varias clases de expropiación. La expropiación urbana, regulada en el artículo 9 y siguientes de Ley 9 de 1989 y en el artículo 58 de la Ley 388 de 1997. La expropiación ambiental regulada en el artículo 107 de la Ley 99 de 1993 y la expropiación de proyectos de infraestructura regulada en los artículos 13, 65 y 66 de la Ley 105 de 1993, en el artículo 83 de la Ley 1450 de 2011, en la Ley 1682 de 2013 y la Ley 1742 de 2014. Con estas referencias normativas lo que se busca señalar es que en Colombia cada una de estas clases está regulada por unas normas específicas, lo que quiere decir que en el país se encuentran varios regímenes de expropiación vigentes al mismo tiempo.

En este orden de ideas, se puede afirmar que en Colombia la expropiación no procede per se, es menester la confluencia de distintos aspectos que se pueden sintetizar en la legalidad de la expropiación, lo que abarca todas las garantías previamente mencionadas y el pago de una compensación. Lo anterior permite deducir que en el ordenamiento legal colombiano la expropiación se trata de un acto dispositivo que se rige bajo el principio de legalidad, éste

busca privar al titular del derecho o del bien de su propiedad, de activos o de derechos de contenido patrimonial, reservándolos para sí con una finalidad específica. Definición que no es del todo compatible con el uso que se les ha dado a las cláusulas de expropiación en los APPRI, trayendo a la superficie la complejidad de lo que abarca la celebración de uno de estos tratados, ya que la firma de uno de estos podría llegar a limitar la potestad regulatoria de la administración estatal (Márquez, 2008).

Es por esto que, en la celebración de los APPRI alrededor del mundo, incluyendo los suscritos por Colombia, la inclusión de la cláusula acerca de la expropiación será esencial e incidirá sobre la decisión de un inversionista de invertir en un determinado Estado o no. Dentro de estos acuerdos la posibilidad del Estado receptor de la inversión de expropiar está prevista bajo las directrices que esta misma cláusula estipule, pero es la inclusión sobre la prohibición de la expropiación indirecta la variable más relevante al momento de un inversionista extranjero de invertir o de no hacerlo, toda vez que si ésta no estuviera incluida estaría la puerta abierta a la posibilidad de que el Estado pudiera apropiarse de la propiedad sin la efectiva compensación por causas imprevisibles, como podría llegar a ser una nueva política pública, circunstancias de seguridad nacional, o de salud y moral pública entre otras (Gordillo, 1967). Por ende, en la interpretación de este concepto reside la problemática acerca de qué es considerado como una expropiación legítima y qué no lo es, respuesta que está totalmente ligada con el riesgo que corre un Estado de ser demandado frente a un Tribunal Arbitral Internacional, por tanto, la inclusión de esta prohibición protege es al inversionista extranjero y limita al Estado en su poder regulatorio.

4. EXPROPIACIÓN INDIRECTA

4.1. Falta de determinación en la definición del concepto de expropiación indirecta bajo la óptica del Derecho Internacional de las Inversiones Extranjeras:

Lo primero que debemos exponer es el latente problema jurídico al que nos enfrentamos. Definir con precisión el concepto de expropiación indirecta ha sido una dificultad constante en el ámbito del DIIE, problema que recae precisamente en la imposibilidad que existe bajo el marco del derecho internacional de encontrar una única definición para este concepto. Algunos APPRI contienen ciertas definiciones, pero éstas varían según los países que celebran los tratados, por lo que se han construido distintas concepciones o, inclusive, hay casos en donde los APPRI no se trae definición alguna, sino que simplemente establecen sus características o sus consecuencias (Faya, 2013).

Teniendo en cuenta lo anterior, son los tribunales arbitrales los que se han encargado, a través de sus laudos, de establecer ciertas pautas para definir cuándo un Estado es responsable por una expropiación indirecta bajo el derecho internacional, dando unos lineamientos más precisos y claros de lo que este concepto comprende, pero sin efectivamente solucionar a cabalidad este problema, tema que será expuesto más adelante. (Gelerstein & Portales, 2012)

La falta de univocidad en la definición del concepto de expropiación indirecta bajo el derecho internacional ha sido intensificada por los miles de APPRI que han sido firmados y ratificados por distintos países. Los inversionistas extranjeros por su parte buscan la completa protección de sus inversiones y, por otra parte, cada Estado busca que prevalezcan sus

presupuestos internos sobre la expropiación. Por regla general, estos tratados contienen provisiones generales acerca de la expropiación, pues abarcan tanto el concepto de expropiación directa como el de expropiación indirecta, sin definirlos o diferenciarlos, por lo cual es necesario reafirmar que se trata de aproximaciones que no proveen una definición que permita establecer de forma previa y definitiva lo que este concepto realmente abarca (United Nations, 2007), por lo que cada legislación interna será fundamental para definir la real incidencia de este tema en cada país y sus posibles efectos.

El reconocimiento de esta realidad jurídica es fundamental para comprender las complicaciones que puede haber en el momento de enfrentarnos a una expropiación indirecta relacionada con un APPRI, pues el Estado abogará por sus creencias internas y, al no estar definido en el ámbito internacional de una forma clara, el país podría estar enfrentándose a una inseguridad jurídica, corriendo el riesgo y siendo vulnerable de ser condenado por un Tribunal Arbitral Internacional, inclinados por una amplia protección hacia los inversionistas (Castro, 2017). Para ejemplificar lo anteriormente mencionado se traerán a colación algunos ejemplos de cláusulas de expropiación, que son utilizadas en los APPRI alrededor del mundo, con el objetivo de demostrar la falta de univocidad que existe alrededor de este concepto.

4.1.1. Ejemplos a nivel internacional:

4.1.1.1. Estados Unidos:

Para comenzar nos referiremos a los APPRI celebrados por los Estados Unidos de América, donde es imprescindible resaltar que, por regla general, estos tratados contienen una cláusula de expropiación similar a la que contiene el artículo 1110 (1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), uno de los más importantes tratados multilaterales de inversión de Estados Unidos. Este artículo contiene la siguiente provisión:

“1. Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión ("expropiación"), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad y al Artículo 1105(1); y d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.”

Esta cláusula es un perfecto ejemplo del uso del concepto de expropiación directa e indirecta sin una apropiación conceptual adecuada de cada uno de los conceptos, ya que no establecen definiciones previas. Lo que ha causado que los APPRI que se desarrollen bajo este ejemplo contengan la misma problemática.

Como se puede observar, la situación de la expropiación directa es distinta porque al menos estas cláusulas entregan unos lineamientos de lo que abarca este tipo de expropiación, ya que normalmente establece las situaciones por la que es justificable, lo que permite a los Estados tener una comprensión previa acerca de lo que se están comprometiendo.

Por otra parte, el caso de la expropiación indirecta es muy distinto, toda vez que además de no entregar una definición, tampoco entrega unos lineamientos, razón por la cual los Estados, al acceder y celebrar un tratado que prohíba este tipo de expropiación se encuentran en una inseguridad jurídica, pues no hay certeza absoluta de lo que sería calificado como una expropiación indirecta, pudiendo llegar a ser responsables ante un Tribunal Arbitral Internacional por una decisión estatal que bajo la óptica de estos Tribunales Arbitrales configure una expropiación indirecta.

Estos Tribunales en el ámbito del derecho internacional, han tenido el poder de establecer la significación de este tipo de expropiación, en contraposición a los intereses de los Estados parte del tratado que siempre buscarán que prevalezca su legislación interna, sin suficiente éxito. Los Tribunales Arbitrales han tenido el poder de decidir sobre los conflictos que surjan sobre este tema, por lo que han determinado las condiciones de la expropiación indirecta a través de sus laudos y estos de forma generalizada se han caracterizado por su posición distante frente a la regulación interna y los intereses de los Estados, pues su finalidad es la protección de los intereses del inversionista extranjero.

Un ejemplo ya materializado es el que encontramos en el Tratado Bilateral de Inversión Extranjera celebrado entre los Estados Unidos y Azerbaiyán, tratado que fue firmado el primero de agosto de 1997 y que entró en vigor el dos (2) de agosto de 2001, la cláusula dice: *“Ninguna de las partes deberá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta ni directa o indirectamente a través de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización excepto para un fin público; de una manera no discriminatoria, con el pago previo de una compensación pronta, adecuada y efectiva y en concordancia con el debido proceso y los principios generales del tratado previstos en el artículo II(3).”*⁴ Aquí se evidencia la similitud con la cláusula antes mencionada y la misma problemática, ya que los conceptos como tal no son definidos, provocando inseguridad, debido a que las partes no cuentan con los lineamientos

⁴ *“Neither Party shall expropriate or nationalize a covered investment either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalization (‘expropriation’) except for a public purpose; in a non-discriminatory manner; upon payment of prompt, adequate and effective compensation; and in accordance with due process of law and the general principles of treatment provided for in Article II(3) [i.e. fair and equitable treatment; full protection and security; treatment no less favourable than that required by international law; no impairment by unreasonable and discriminatory measures].”*

para saber si están actuando dentro de la legalidad del tratado o no. Los siguientes ejemplos son reiterativos de esta misma situación jurídica.

4.1.1.2. Reino Unido:

El Reino Unido utiliza por regla general en los tratados bilaterales de inversión extranjera celebrados por este país, su modelo del año 2008, este contiene en su artículo 5(1) el tema de expropiación: *“Las inversiones de los nacionales o de compañías, de cualquiera de las partes contratantes del tratado, no deberán ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que tengan efectos equivalentes a la nacionalización o expropiación (en lo sucesivo denominada expropiación) en el territorio de la otra parte contratante, excepto para una finalidad pública relacionada con las necesidades internas de esa parte, bajo una base no discriminatoria y con una contraprestación pronta, adecuada y efectiva.”*⁵

4.1.1.3. Alemania:

En cuanto a Alemania el modelo de tratado bilateral de inversión extranjera del 2008 se refiere a la expropiación en su artículo 4(2) que reza: *“Las inversiones de los inversores o inclusive las partes contratantes no pueden ser directa o indirectamente expropiadas, nacionalizadas, o sujetas a ninguna otra medida que sea equivalente a la expropiación o nacionalización en el territorio de la otra parte contratante, excepto por un beneficio público y con una compensación.”*⁶

⁵ *“Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as ‘expropriation’) in the territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation.”*

⁶ *“Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation.”*

4.1.1.4. China:

Como último ejemplo China, en comparación con los modelos de tratados bilaterales de inversión extranjera de Estados Unidos, Reino Unido y Alemania, incorpora una aproximación a la expropiación más restrictiva, aunque contenga elementos sustantivos y procesales de la protección a la inversión de más largo alcance que la de los países antes mencionados. El artículo 4(1) del modelo chino del año 2003 establece: *“Ninguna de las partes contratantes deberá expropiar, nacionalizar o tomar medidas similares, en contra de inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante en su territorio, a menos de que las siguientes condiciones se cumplan: a) sea por el interés público, b) se haga bajo el sistema procesal doméstico, c) sin ninguna discriminación, d) se otorgue compensación.”*⁷ Al examinar desde una perspectiva amplia las provisiones antes señaladas, evidencian que en la actualidad y a nivel global el contenido de todos los APPRI se aproximan al tema de la expropiación, pero como tal no dan una definición de este concepto y al referirse a situaciones “similares” o a la expropiación indirecta como tal, están dejando un amplio margen de acción frente a la potestad regulatoria de los Estados, lo que les deja en un alto grado de riesgo de una posible demanda frente a un Tribunal Arbitral Internacional.

4.2. Concreción del problema sobre la expropiación indirecta:

El objetivo de esta parte es analizar el concepto de expropiación indirecta bajo una óptica internacional, entendiendo lo problemático que puede ser la falta de univocidad de este

⁷ *“Neither Contracting Party shall expropriate, nationalize or take other similar measures (hereinafter referred to as ‘expropriation’) against the investments of the investors of the other Contracting Party in its territory, unless the following conditions are met:(a) for the public interests;(b) under domestic legal procedure;(c) without discrimination;(d) against compensation.”*

concepto y más concretamente la falta de claridad conceptual, ya que evidentemente no existen unos parámetros claros sobre cuáles son las situaciones jurídicas cubiertas por este concepto, dejando a las partes en una situación de inseguridad jurídica.

Al comprender este escenario y teniendo en cuenta los casos previamente señalados, se debe resaltar que es necesario exponer las falencias que resultan de la inexistencia de una única definición o de la apropiada delimitación del concepto de expropiación indirecta en el ámbito del DIIE. Esta situación está ocupando un alto porcentaje de los litigios internacionales que recaen sobre APPRI. Las controversias se concentran en resolver la incógnita de ¿Qué es considerado como una acción gubernamental legítima y qué es considerado como una intervención ilegítima que vulnera los derechos de los inversionistas? Es claro que esta pregunta no tiene una respuesta única, son los Tribunales Arbitrales Internacionales los encargados de definir este concepto. Lo problemático es que no existe una única línea jurisprudencial definida en la actualidad.

Un ejemplo de esto es el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), institución que no ha tenido siempre la misma posición frente al caso de la expropiación indirecta, tema en el que se profundizara posteriormente. Es por lo anterior que es primordial que las partes antes de firmar el tratado establezcan con claridad cuál será el significado de la expropiación indirecta, su alcance y sus consecuencias, pues es evidente el escenario de inseguridad jurídica a la que se enfrentan los Estados al suscribir alguno de estos tratados, ya que no saben a qué se están comprometiendo en estricto sentido.

4.2.1. Identificación del problema:

Así las cosas, y antes de ahondar sobre lo anteriormente mencionado es menester recapitular los elementos fundamentales de la expropiación directa, toda vez que estos serán

la clave para poder identificar la problemática situación que presenta la expropiación indirecta en los APPRI. El primer elemento son los sujetos, compuestos por el expropiante, el cual tiene la potestad expropiatoria y el expropiado que corresponde al titular de los derechos reales en los que recae la expropiación. El segundo es el objeto, el cual corresponde a los derechos patrimoniales, el tercero corresponde a la justificación o “*causa expropriandi*”, la cual debe ser acorde a la finalidad de utilidad pública o interés social y, por último, el elemento de la compensación, el cual consiste en reparar al sujeto afectado. En concordancia con lo anterior la expropiación, como fue mencionado previamente, debe cumplir con las garantías legales del principio de legalidad, el debido proceso y el derecho de defensa y, adicionalmente, debe efectuarse a través de sentencia judicial o, excepcionalmente, por vía administrativa.

La comprensión de los elementos señalados previamente permite identificar lo problemático que es un escenario calificado como una expropiación indirecta. Esto se debe a que ciertos presupuestos de los anteriormente mencionados como lo son el cumplimiento de las garantías, el requisito de que se realice a través de una sentencia judicial y con el pago de una indemnización previa correspondiente, no se encuentran presentes en este escenario, razón por la cual los inversionistas extranjeros quieren protegerse del potencial riesgo. No obstante, cabe resaltar que se trata de una situación reconocida por el derecho, debido a que se encuentra prevista en el ámbito del DIIE (Suescún de Roa, 2010).

Ahora bien, la expropiación indirecta en el ordenamiento internacional es considerada ilegal por su misma naturaleza, por lo que en el clausulado de un APPRI se formula como una prohibición. Para establecer si una expropiación es legal o no, el elemento de la compensación es fundamental, se debe comprender que la falta de pago de una compensación no la convierte en una expropiación ilegal per se, ya que ésta puede contener todos los elementos que la

componen y cumplir con el principio de legalidad, el debido proceso, el derecho a la defensa y su expedición a través de sentencia judicial o acto administrativo, en los casos en que procedan, por lo que se trataría de una expropiación legal y directa, pero el Estado siempre será responsable de compensar al afectado (Dolzer, 2002).

Por otra parte, la expropiación indirecta es ilegal, todo APPRI la prohíbe, pues se trata de una situación en donde el Estado mismo no reconoce su propio acto como una efectiva expropiación que está afectando a un inversionista extranjero y como consecuencia no lo compensa; elemento fundamental en toda expropiación. Como consecuencia, esta disputa terminará en cabeza de un Tribunal Arbitral Internacional, que juzgará bajo el ordenamiento y la costumbre internacional la responsabilidad del Estado, el cual estará obligado a compensar al afectado de manera reparatoria, lo que quiere decir que la reparación deberá remediar los efectos que causaron el acto ilegal y dejar al inversionista como si esta situación no se hubiere presentado, se permite la restitución en especie, lo que significaría la revocación del acto que afectó la inversión y, si esto no es posible, se deberá pagar la suma correspondiente al valor de los derechos reales afectados, incluyendo tanto el lucro cesante como el daño emergente, características que deberá cumplir todo tipo de compensaciones frente a una de estas situaciones (Boczek, 2005).

4.2.2. Consecuencias:

Es por lo anterior que es fundamental llamar la atención del riesgo latente al que se exponen los Estados y fundamentalmente Colombia al no prestarle suficiente atención a estas cláusulas en los APPRI, ya suscritos o los que están por suscribirse. La falta de atención a este tema está abriendo las puertas a que los Estados puedan ser requeridos por los inversionistas extranjeros a causa de la violación de las protecciones sustantivas otorgadas en dichos tratados,

riesgo que en la actualidad se trata de una realidad con impacto jurídico directo en los Estados receptores de la inversión extranjera.

Es evidente que los compromisos que se establecen sobre la prohibición de la expropiación indirecta en estos tipos de acuerdos son vagos y ambiguos, además los Tribunales Arbitrales Internacionales no se han caracterizado por tener una metodología uniforme en sus decisiones frente a estos casos.

Parte de la doctrina ha sostenido que estos clausulados se han diseñado de tal manera, para dar a los inversionistas extranjeros un poder cuasi-legislativo que les permita, en ese amplio margen de acción, articular normas para lograr los objetivos que persiguen cuando exigen a los Estados el cumplimiento de estas cláusulas. Esto ha convertido a la expropiación indirecta como la clase principal de expropiación, los Estados receptores de la inversión extranjera usan sus poderes regulatorios para reducir los beneficios que los inversores derivan de la inversión sin que esto necesariamente implique el cambio del título del inversionista sobre sus derechos reales, pero efectivamente se le disminuirá su control sobre estos, lo que reduce significativamente la posibilidad de éste de obtener los beneficios esperados frente a la inversión (Olynyk, 2012).

Como consecuencia de lo anterior, la identificación de una expropiación indirecta debe ser evaluada basándose en el análisis de los hechos de cada caso, sin embargo, hay ciertas decisiones arbitrales que han dejado unas bases para identificar si un Estado está efectuando una expropiación indirecta o su actuación es el ejercicio legítimo de su poder regulatorio. Un ejemplo perfecto es el caso de Plama Consortium contra la Republica de Bulgaria donde el CIADI como Tribunal Arbitral resumió los elementos cruciales, el primero, corresponde a la privación sustancialmente completa del uso económico y disfrute de los derechos sobre la

inversión, el segundo es, la irreversibilidad y permanencia de las medidas impugnadas y último elemento que se tendrá en cuenta, es el grado de pérdida de valor económico experimentado por el inversionista (Plama Consortium Limited Vs. Republic of Bulgaria, 2005).

Los elementos anteriormente señalados se han convertido en lineamientos que han permitido a los Tribunales Arbitrales Internacionales tomar decisiones sobre las demandas presentadas ante éstos sobre presuntas expropiaciones indirectas, sin embargo, estas decisiones no han constituido una línea jurisprudencial definitiva. Los elementos previamente mencionados recaen en las expectativas legítimas de los inversionistas extranjeros al momento de realizar su inversión, por lo que todas las variaciones en el sistema legal de un Estado receptor, que lleguen a afectar la propiedad privada del inversionista extranjero, tendrán como efecto la vulneración de esas expectativas, lo que confirma que debe analizarse cada caso en concreto, ya que si el cambio normativo se mantiene dentro de los límites legales del propio ajuste normativo de un Estado, no se concretará ninguna violación de los derechos del inversionista (United Nations, 2007).

Lo anterior parece denotar que la expropiación indirecta no se puede configurar si el Estado actúa bajo el legítimo ejercicio de la potestad regulatoria, lo que implica el cumplimiento del principio de legalidad y el principio de buena fe. No obstante, es la amplitud de estas cláusulas lo que permite que los inversionistas discutan sobre la interpretación de las mismas y deja en manos de los árbitros la decisión de definir qué corresponde a una actuación legítima y qué no (Faya, 2013).

4.2.3. Ejemplo que evidencia la problemática:

Se pretende entonces, a través de este ejemplo, demostrar lo problemático de esta situación. En el renombrado caso Cargill Inc, versus México, donde México fue condenado en el 2009 por el tribunal arbitral del TLCAN, a una condena de 77 millones de dólares, más intereses y costas legales a favor de la compañía americana, debido a un impuesto adoptado en el 2002 por la legislación mexicana sobre las bebidas azucaradas, lo que perjudicaba las ganancias de la compañía, ya que ésta había invertido en la industria del jarabe de maíz de alta fructosa pero, con la implementación de este impuesto, se impusieron barreras para la importación de este producto. Lo que alegó esta compañía fue que esta medida violaba el artículo 1110 del capítulo 11 del TLCAN, pues se trataba de una expropiación indirecta toda vez que a través de una regulación estatal se estaba privando a la compañía de sus expectativas legítimas de ganancia.

El ejemplo anterior esclarece que jurídicamente en la actualidad sigue presente el vacío normativo sobre la definición de expropiación indirecta y han sido los Tribunales Arbitrales los encargados de delimitar de qué se trata este concepto. A pesar de esto, se puede afirmar que la expropiación indirecta no se constituye por cualquier medida regulatoria que los Estados tomen, sino por aquellos actos que se encuentren fuera de la legalidad o normalidad del poder legislativo del Estado con el objetivo de violar los derechos de propiedad del inversionista extranjero, teniendo como consecuencia, la privación del uso, disposición y goce de los derechos reales o sobre expectativas legítimas del inversionista extranjero (Márquez, 2008). Definitivamente es fundamental resaltar lo peligroso que es este concepto, puesto que puede conducir a una parálisis de la capacidad regulatoria de los Estados y a demandas con

condenas que pueden poner en peligro la estabilidad macroeconómica de los países (Uprimny, 2017), pues los Tribunales Arbitrales se han caracterizado por condenar a los Estados a compensaciones exorbitantes.

Finalmente, bajo la costumbre y el ordenamiento internacional, los Estados tienen el derecho de regular sus propias actividades comerciales que se desarrollen en su territorio, basados en el principio de soberanía Estatal, no obstante, es clara la existencia de una tensión entre el poder regulatorio de los Estados y la expropiación indirecta, lo que ha acarreado el incremento exponencial de demandas a raíz de esta situación frente a tribunales arbitrales. Esto quiere decir que, los Estados al celebrar estos tratados, se han convertido en sujetos partícipes del ordenamiento internacional obligados a éste, por lo que la realidad ha condicionado a los mismos, a adecuar su normativa interna a los compromisos a los que se están obligando o se arriesgan a ser demandados como resultado de esta inseguridad jurídica.

Ahora bien, si realmente se quiere superar este problema los Tribunales Arbitrales Internacionales deben adoptar una línea jurisprudencial consistente y concreta que permita tener un margen de acción preciso y que de manera real equilibre el derecho a regular los asuntos internos de los Estados con los derechos de propiedad del inversionista extranjero (Olynyk, 2012).

4.3. Los Tribunales Arbitrales frente a la expropiación indirecta:

El ejemplo anterior permite resaltar la grave situación de inseguridad jurídica a la que se enfrentan los Estados si suscriben un APPRI sin el adecuado cuidado. En concordancia con esto y, teniendo en cuenta lo antes mencionado, son muchas las demandas presentadas ante

los Tribunales Arbitrales que buscan determinar si cierta situación puede ser calificada o no como una expropiación indirecta, pues este concepto es susceptible de interpretación, por lo que cada caso debe ser estudiado en concreto y puede variar en su resultado.

Para evidenciar lo anterior es necesario exponer que algunos de los laudos proferidos por Tribunales Arbitrales, concentrándonos principalmente en los que se han llevado en el seno del CIADI, teniendo en cuenta que Colombia hace parte de los Estados que suscribieron el convenio en el que se acuerda que el arreglo de las diferencias relativas a las inversiones entre distintas Estados y nacionales de Otros Estados será llevado ante la CIADI, esto se debe a que las cortes nacionales no tiene competencia sobre los APPRI, por lo que las disputas que surjan en cuanto a estos tratados de inversión, deberán ser llevados ante el Tribunal Arbitral, por ser este un mecanismo alternativo de solución de controversias pactado por las partes, en los mismos acuerdos (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia, 2018).

En los últimos años, los Tribunales Arbitrales a través de sus laudos se han preocupado por delimitar cuándo una medida regulatoria del Estado receptor puede ser calificada como una expropiación indirecta y cuándo no, sin embargo, éstos han logrado establecer un criterio uniforme que abarque todos los casos. De forma generalizada los tribunales han centrado sus esfuerzos en identificar la finalidad que tuvo el Estado al momento de realizar la actuación, y es en este punto donde se han podido identificar dos posturas divergentes, pero que son las que han preponderado a nivel internacional, ya que han proporcionado ciertas bases para la concreción de este concepto. Primero, encontramos una conservadora que entiende la expropiación como la privación del título o de los beneficios económicos de la propiedad, lo que quiere decir que es necesaria la transmisión de la propiedad en cabeza del Estado y una

más amplia que no exige que haya transferencia de la propiedad a manos del Estado, sino que basta con la privación de la posibilidad de ejercer el derecho de propiedad como tal (Paéz, 2006).

Para ejemplificar lo anterior se traerán a colación dos casos pertinentes, el primero, se trata del caso Metalclad Corporation versus México, en donde el tribunal del CIADI emitió un concepto bajo la tesis amplia de la expropiación indirecta. Al respecto, el tribunal estableció que este concepto no solamente incluía la transferencia obligatoria del título de propiedad a favor del Estado receptor, sino que también comprendía cualquier interferencia incidental o afectación en el uso de la propiedad, lo que tiene como consecuencia la privación en todo o en parte del uso de la propiedad sin que esto implique una transferencia en cabeza del Estado. Esto quiere decir que se considera como expropiación indirecta la privación al inversionista de los beneficios económicos que este esperaba recibir de recibir bajo su expectativa legítima (Metalclad Corporation Vs Estados Unidos Mexicanos, 2000).

Por otra parte, encontramos el caso de Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. versus la República de Costa Rica, donde el tribunal fue muy claro al establecer que únicamente se puede calificar como expropiación indirecta cuando la medida que toma el Estado tiene como efecto privar al inversionista de la titularidad del bien, de su posesión o del acceso a los beneficios económicos que puedan derivarse de su uso, por lo que la propiedad quedará en cabeza del Estado (Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. Vs República de Costa Rica, 2002). En conclusión, en este caso se puede identificar una concepción de expropiación indirecta más restringida.

Debido a lo anterior, este concepto cobra cada vez más importancia en la medida que su significado es el que va a proporcionar los lineamientos para poder establecer la

responsabilidad de un Estado frente a una situación en concreto (Dorín, 2011). Sin embargo, el punto de quiebre se encuentra en la falta de univocidad y claridad de este concepto, lo que deriva en que los Estados se encuentren bajo un régimen jurídico inseguro, ya que no hay claridad de cuándo pueden llegar a ser condenados a causa de una acción gubernamental que el Estado bajo su ordenamiento interno consideraba legítima.

Los Tribunales Arbitrales Internacionales se han caracterizado por una tendencia generalizada que procura en mayor medida por los intereses de los inversionistas. Esto no quiere decir que los inversionistas siempre ganen, pero un informe del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) de junio del 2015 demostró que las decisiones de fondo tomadas por los Tribunales Arbitrales sobre las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados, fueron en un 60% favorecedoras de los inversionistas y, que además, el porcentaje de casos que se resolvieron por un arreglo entre las partes también es alta, lo que quiere decir que los Estados han tenido que asumir condenas o arreglos que perjudican su estabilidad económica (Mann, 2015).

Es así como se puede concluir de manera preliminar que en la actualidad no se puede afirmar que exista una única definición para el concepto de expropiación indirecta y, tampoco, que exista una única concepción de lo que ésta abarca. Como se vio en los casos anteriores, los tribunales que siguen el mismo reglamento fallaron de formas distintas por lo que el riesgo latente que tienen los Estados al suscribir uno de estos tratados es real. No obstante, aproximarnos a que existen dos corrientes ideológicas acentuadas en estos tribunales, es un comienzo para la identificación de las posibles soluciones. Por lo que se puede decir que bajo el DIIE existe una tensión entre las distintas tesis doctrinarias y que los laudos se han dividido entre estas, una corriente más restringida y conservadora que favorece a los Estados y una más

amplia, caracterizada por ser la prevalente, que es proteccionista de los inversionistas extranjeros. (Weiner, 2003)

5. EL CASO COLOMBIANO:

5.1. La Inversión Extranjera en Colombia:

El crecimiento económico del país se encuentra directamente ligado a la interacción que éste tenga con las demás economías del mundo. Así, el éxito del crecimiento económico de un país estará garantizado únicamente por la flexibilización de la política económica del mismo, y para ello debe estar dirigida a atraer inversión extranjera. El Estado colombiano, como cualquier otro país latinoamericano en vía de desarrollo, se ha visto en la necesidad de atraer la inversión extranjera, lo que ha impuesto un conjunto de nuevos retos, principalmente en materia legislativa y para el gobierno en el desarrollo de sus actividades. Es claro que la expedición de regulación, al ser un instrumento de intervención, tiene limitaciones legales, y más aún cuando se trata de la promoción de la inversión extranjera (Márquez Escobar & Villegas Carrasquilla, 2009).

Desde la década de los años 90, se evidenció la expansión de la inversión extranjera en los países de América Latina. Colombia ha avanzado en los últimos años de manera exponencial en lo que se refiere al desarrollo de una regulación que se acople a las necesidades de este tema, lo que le ha permitido convertirse en un país más atractivo para invertir, ya que propende por ofrecer certidumbre y garantías al inversionista (The World Bank Group with CAF - Development Bank of Latin America, 2013).

Colombia comenzó a celebrar distintos tipos de APPRI con países que buscaban invertir capital desde 1995. Con la aprobación a través de la Ley No. 406 del 24 de octubre de 1997 mediante la cual se ratificó el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, Colombia

reconoció la prevalencia de estos tratados sobre su regulación interna, ya que el Convenio en su artículo 27 establece: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”* Lo anterior fue ratificado por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-400 de 1998 cuando expuso que: *“(…) Colombia precisa que acepta que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado (…)*”. Lo anterior demuestra lo fundamental que resulta armonizar y adecuar la normativa interna a la del DIIE.

Durante los últimos 20 años se ha visto una estandarización de la normatividad relativa a la inversión extranjera que ha ocasionado el incremento en la recepción de ésta en el país. La regulación se ha centrado fundamentalmente en la protección del inversionista extranjero siguiendo las directrices del ordenamiento internacional, lo que ha derivado en una evolución progresiva caracterizada por unos beneficios productivos para el país. Algunos de éstos son: i) el incremento de producción de bienes y servicios innovadores, ya que la inversión extranjera ha apostado por el desarrollo de este mercado; ii) las ganancias obtenidas han sido reinvertidas en el país proporcionando un crecimiento económico; iii) nuevos inversionistas extranjeros están canalizando su inversión al área de Investigación y Desarrollo, lo que permitirá a la economía del país concentrarse en el desarrollo de nuevas tecnologías y procesos innovadores. Los resultados mencionados anteriormente, demuestran que la corriente de inversión extranjera en el país está aumentando y, en adición, se revela el compromiso de los inversionistas por permanecer en el país (The World Bank Group with CAF - Development Bank of Latin America, 2013).

5.2. Los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión Extranjera vigentes en Colombia y su relación con la expropiación indirecta:

Los APPRI se han consolidado como una herramienta clave para el desarrollo económico de un país, sin embargo, Colombia debe estar atenta a los riesgos implícitos que conlleva la celebración de estos tratados, toda vez que puede ser fácilmente requerido ante un Tribunal Arbitral Internacional por inversionistas extranjeros, que aleguen la violación de las protecciones sustantivas previamente otorgadas en dichos tratados.

Debido a esta realidad con impacto jurídico, el objetivo es exponer la problemática actual a la que se enfrenta el país por el desconocimiento y la disparidad interpretativa que sufre la definición del concepto de expropiación indirecta en estos tratados y, finalmente, delimitar los riesgos y posibles consecuencias que podrían llegar a afectar al país, al involucrarse cada vez más, en este escenario de inseguridad jurídica que se ha planteado previamente.

En concordancia con lo anterior, es necesario conocer cuáles son los tratados de inversión celebrados por Colombia que se encuentran vigentes en la actualidad. Nos referimos a estos indistintamente como tratados de inversión, ya que al momento de su celebración los textos finales de los acuerdos han quedado con distintos nombres como: Tratado de Libre Comercio, Acuerdo de Libre Comercio, Acuerdo de Promoción Comercial, Acuerdo para la Liberalización, Promoción y Protección de la Inversión, Acuerdo sobre Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, entre otros. Lo anterior quiere decir que no siempre estos tratados de inversión extranjera van a llevar el nombre de Tratado de Promoción y Protección a la inversión extranjera, pero para lo que respecta al análisis crítico que se ha

venido haciendo sobre el tema de la expropiación indirecta, en esencia son lo mismo y buscan la misma finalidad, por lo que todo lo que ha sido descrito sobre los APPRI anteriormente es aplicable a estos.

Comenzando el 2018, en la página oficial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se encuentra reportada la información de cuáles son los acuerdos de inversión extranjera vigentes celebrados por Colombia con otros Estados. En todos éstos la cláusula de expropiación y su referencia a la expropiación indirecta están presentes. Dichos acuerdos son: 1) con México, vigente desde 1995, el cual tuvo un protocolo modificadorio en el 2011; 2) con España que entró en vigencia en septiembre de 2007; 3) con Chile, éste entró en vigencia en Mayo de 2009; 4) con Suiza (2009); 5) con el Triángulo Norte compuesto por Guatemala (2009), el Salvador (2010) y Honduras (2010); 6) con Perú (2010); 7) con Canadá (2011); 8) con los Estados Unidos (2012); 9) con China (2012); 10) con India (2012); 11) con el Reino Unido (2014); y 12) con Japón (2015) (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia, 2018).

Para exponer la problemática jurídica a la que se enfrenta el país, se traerán a colación ejemplos de las cláusulas sobre expropiación que fueron utilizadas en estos tratados. En primera medida, analizaremos el Tratado de Libre Comercio Celebrado entre México y Colombia, el cual dispone en su artículo 17-08: *“1. Ninguna parte, salvo por lo dispuesto en el anexo a este artículo, expropiará o nacionalizará, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptará ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: a) Por causa de utilidad pública; b) Sobre bases no discriminatorias; c) Con apego al principio de legalidad, y d) Mediante indemnización conforme a los párrafos 2o. a 4o.”*

El segundo, es el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, donde en el capítulo decimo se establecen los compromisos relacionados con el tratamiento que se le dará a la inversión extranjera, así las cosas, en el artículo 811 se encuentra el tema de la expropiación: *“1. 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 pública; (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.”*

Por último, el Acuerdo bilateral para la Protección y Promoción de las Inversiones celebrado con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, reza en su artículo sexto: *“Las inversiones de los inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán objeto de nacionalización, expropiación directa o indirecta, ni de cualquier otra medida de efectos similares (en adelante “expropiación”) excepto por razones de propósito público o interés social (el cual tendrá un significado compatible con aquel de “propósito público”) de conformidad con el debido proceso de la ley, de manera no discriminatoria, de buena fe y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.”*

Los anteriores ejemplos son sólo una muestra de la cláusula de expropiación utilizadas en los Acuerdos de Inversión celebrados por Colombia. Considerando lo anterior, se puede ver que las dos primeras cláusulas traídas a colación son casi idénticas, en cuanto a la tercera es un poco distinta en su estructura, pero en esencia se refieren a lo mismo y tiene la misma finalidad. Al aproximarnos a estos ejemplos se puede reiterar la volatilidad en la significación

e interpretación del concepto de expropiación indirecta, ya que los propios tratados siguen sin proporcionar un significado único a este concepto; que de forma inequívoca permita descifrar con exactitud cuando un Estado está realizando una expropiación indirecta.

De la mano con lo anterior, se debe hacer la salvedad que varios de estos acuerdos de inversión han proporcionados artículos adicionales o anexos, donde se desarrolla un poco más el tema de la expropiación indirecta. Teniendo en cuenta los acuerdos mencionados previamente, el tratado celebrado con México y el acuerdo que se celebró con España son los únicos que no traen ninguna descripción adicional sobre este tópico.

Para comprender qué es lo que generalmente están incluyendo estos acuerdos de inversión sobre la expropiación indirecta revisaremos nuevamente el Acuerdo entre Colombia y los Estados Unidos y el Acuerdo entre Colombia y el Reino Unido, ya que estos lo han incluido como la gran mayoría lo han hecho. A primera vista, parece ser una excelente herramienta y la solución adecuada para disminuir la inseguridad jurídica a la que el país se está enfrentando, sin embargo, al examinar estos apartes con detenimiento podemos dar cuenta, que no son una solución efectiva a la problemática.

El anexo 811 del Acuerdo que suscribió Colombia con Estados Unidos establece que: *“Las Partes confirman su común entendimiento de que: (...) 2. La segunda situación es la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio. (a) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando (...), (i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas (...), (ii) el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con*

expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y (iii) el carácter de la medida o de la serie de medidas;(…)”.

Por otra parte, en el acuerdo celebrado con el Reino Unido e Irlanda del norte, en el mismo artículo sexto numeral dos se dispone que: “2. *Para los fines de este Acuerdo, se entiende que: (a) La expropiación indirecta resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tengan un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o una toma de posesión, (b) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituye expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando varios factores, (...)”.* Casi idénticos a estos ejemplos son las descripciones que traen los otros acuerdos de inversión celebrados por Colombia, sobre la expropiación indirecta, por lo que, de manera contundente, se reafirma que la inclusión de estos apartes dentro de los tratados no corresponde a una solución efectiva de la problemática latente de inseguridad en la que Colombia se puede ver involucrada.

Adicionalmente se debe mencionar que existen cuatro APPRI más adoptados por Colombia pero que aún no han entrado en vigor, estos son los casos del de Singapur, Francia, Turquía y Emiratos Árabes Unidos (Ministerio de Relaciones Exteriores - Dirección de Asuntos Internacionales, 2018). Se hará una breve referencia al que celebró Colombia con Turquía, ya que éste en su artículo siete se refiere específicamente a la expropiación indirecta estableciendo su campo de acción, lo que parecería ser un avance. El artículo establece que: “(a) *La expropiación indirecta resulta de una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la*

transferencia de un título o del derecho de dominio (...)”. Es claro que este acercamiento a la expropiación indirecta no otorga una definición sustancial del concepto.

Ahora bien, teniendo en cuenta los ejemplos anteriores sobre las descripciones adicionales que traen los tratados o la referencia que hace el APPRI suscrito con Turquía, es claro que siguen existiendo las mismas falencias y aún no se consagran herramientas suficientes que permitan proteger a Colombia de los riesgos que la prohibición de la expropiación indirecta trae consigo. Por lo cual se expondrán las razones correspondientes por las cuales la inclusión de este desarrollo sobre la expropiación indirecta no pone fin a esta problemática situación jurídica.

La primera consiste en que dentro de estas descripciones adicionales que se desarrollaron en los APPRI acerca de la expropiación indirecta queda nuevamente la incógnita del significado del concepto, ya que para describirlo usan el concepto de expropiación directa, el cual de igual forma será definido a través de la interpretación que se haga en los tribunales arbitrales conforme al DIIE, sin importar cuál sea la comprensión de este concepto dentro del ordenamiento jurídico Colombiano, lo que nuevamente dejará al Estado con una ambigüedad sobre cuál es el significado exacto.

Adicionalmente, se estipula que la determinación acerca de si una medida tomado por el Estado es considerada una expropiación indirecta, será evaluada caso por caso teniendo en cuenta el impacto económico, el alcance o interferencia en las expectativas o derechos del inversionista y el carácter de la medida adoptada por el Estado. Lo anterior permite evidenciar que la finalidad sí fue la de buscar una parametrización que permitiera estandarizar un poco más la expropiación indirecta, no obstante, es claro que ésta no es suficiente para permitirle a los Estados, en este caso en particular al Estado Colombiano, descifrar con exactitud qué

medidas pueden generar una expropiación indirecta, pues los lineamientos que se otorgan sobre las características que deben tener siguen siendo muy amplias y al estar sujetos a interpretación por parte de los Tribunales el riesgo inherente a esta cláusula no se reduce para los Estados que participen en uno de estos tratados.

Es un error tratar de definir a la expropiación indirecta haciendo referencia a la expropiación directa, esto porque mientras las directas por regla general son el resultado de una sentencia judicial o de un decreto administrativo, las indirectas pueden ser el resultado de una amplia gama de medidas de diferentes naturalezas como por ejemplo: la intervención de administradores nombrados por el Estado en compañías privadas, la revocación de concesiones, licencias o permisos, los impuestos desproporcionados, diverso tipo de regulación preponderantemente en temas ambientales o financieros, entre otras (Faya, 2013).

Los ejemplos anteriores se basan en la jurisprudencia de tribunales arbitrales, lo que demuestra que, al ser tan diversos, su identificación no siempre es clara. Lo precedente permite que sean los tribunales arbitrales bajo un amplio margen de acción los responsables de atribuir responsabilidad a los Estados, convirtiendo este escenario en una abierta, pues, las conductas del Estado siempre estarán en la mira del DIIE, lo que tiene como efecto intrínseco una presión ejercida sobre los Estados, incrementando el riesgo frente a posibles demandas, generando una limitación a su poder regulatorio.

Visto esto, jurídicamente es claro que no existe una verdad absoluta sobre qué es una expropiación indirecta. Lo anterior recae precisamente en la posibilidad de que cada caso sea estudiado por separado, lo que lleva a distintas interpretaciones y controversias. Aunque algunos de los Tribunales han tomado decisiones claras que protegen tanto al Estado como al inversionista se trata de un concepto muy riesgoso, por lo que se reafirma que este puede

causar que la capacidad regulatoria de los Estados se vea paralizada y que las posibles demandas que surjan pongan en riesgo la estabilidad económica de los países, ya que estos Tribunales se han caracterizado por desarrollar decisiones en favor de los inversionistas extranjeros (Uprimny, 2017).

5.3. Concreción del problema sobre la expropiación indirecta en Colombia:

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede determinar que el problema recae es en la posibilidad de distinguir entre una expropiación indirecta y una medida estatal legítima que no acarree una compensación a favor del inversionista extranjero. Es preciso resaltar que dentro de las actuaciones legítimas que puede desarrollar un Estado, encontramos el caso de la expropiación directa, previamente mencionada, esto se debe a que el Ordenamiento Internacional no prohíbe la expropiación *per se*. Lo anterior significa que bajo el ejercicio de su soberanía, un Estado por razones de interés público puede llegar a realizar una expropiación, pero para que esta sea conforme a derecho deberá cumplir con todas las condiciones previamente mencionadas, en especial, con el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva al inversionista extranjero, regla que ha sido reiteradamente confirmada por los tribunales arbitrales (Reisman & Sloane, 2004).

Con lo anterior es claro que para los tribunales arbitrales no hay duda que frente a una expropiación se debe otorgar una compensación, porque sea directa o indirecta, ésta siempre procederá. Lo realmente problemático para estos organismos es identificar si una acción estatal legítima que cause daño al inversionista y sea distinta al caso de una expropiación directa, pueda llegar a ser considerada por el tribunal como una expropiación indirecta, porque

es en este caso donde la decisión del tribunal va a implicar que se condene o no al Estado al pago de una compensación. Con lo anterior, se quiere evidenciar que esta diferenciación se encuentra delimitada por una línea muy delgada, lo que deja al Estado receptor de la inversión en un estado de inseguridad, ya que es incierta la interpretación que hará el tribunal frente a la afectación del inversionista extranjero.

Lo anterior quiere decir que los tribunales arbitrales dentro del ámbito del DIIE son los encargados de descifrar y establecer las pautas que permitan tanto al Estado como al Inversionista tener cierta seguridad jurídica. Estas instituciones internacionales han reconocido la tarea que deben enfrentar, acerca de identificar de forma comprensiva y definitiva qué tipos de regulaciones serán consideradas como permisibles y aceptadas, y por lo tanto no deban ser compensadas, aunque en cierta medida puedan causar un daño al inversionista, debido a que los Estados están obrando dentro de su poder regulatorio de legítimo, caso en el que el inversionista debe soportar esta carga. Lo que quiere decir que deben definir un límite entre la regulación en la que no procede una compensación a favor del inversionista extranjero, así este se vea afectado y las medidas estatales que priven al inversionista extranjero de sus derechos sobre la inversión sin una justificación razonada, lo que la convierte en una medida ilegítima que debe ser compensada bajo las obligaciones previamente pactadas en los APPRI y el ordenamiento internacional (*Saluka Investments BV (The Netherlands) Vs The Czech Republic*, 2006).

Es una creencia común el pensar que un Estado no será responsable de pagar una compensación a favor del inversionista extranjero, cuando las medidas que ha tomado las ha hecho en el ejercicio normal de sus funciones regulatorias y con el cumplimiento de las garantías establecidas en la ley, lo que quiere decir que ha adoptado estas medidas regulatorias

de buena fe y en beneficio del bien común. Por lo que también es claro para el DIIE que los derechos de propiedad y las protecciones, que se han desarrollado en favor del inversionista extranjero, no son un seguro en contra de los riesgos regulares de esta actividad económica que se desarrolle con la inversión (Burgstaller, 2017).

En concordancia con lo anterior, el problema realmente recae es en la posibilidad de identificar si las finalidades o propósitos de las medidas regulatorias que han sido tomadas son realmente legítimas o no, por lo que a través de los años los tribunales arbitrales han intentado a través de sus laudos hacer una delimitación; éstos han reiterado que temas tributarios, medioambientales, políticas públicas de salud y seguridad, la protección al consumidor y la protección y promoción de la diversidad cultural y el patrimonio cultural de la nación, entre otras, son consideradas como objetivos legítimos (Tza Yap Shum Vs Republic of Peru, 2011).

A pesar del intento por concretar cada vez más el campo de acción de los Estados, donde éstos puedan identificar cuándo están actuando legalmente y cuándo no, bajo el derecho internacional, los Estados siguen estando limitados en su poder regulatorio, toda vez que al ser tan amplias estas consideraciones, los mismos casos que se creían permitidos pueden transgredir lo que es considerado internacionalmente como legal y como efecto verse involucrados en una demanda, cuando pensaban que estaban actuando dentro de sus límites, como lo sería el caso de una medida que imponga un impuesto que el ordenamiento interno del país lo permita pero que bajo la óptica internacional sea considerado excesivo, vulnerando la buena fe depositada por el inversionista extranjero en el Estado receptor y conduciendo a la posible consecuencia de una condena exorbitante en contra del Estado, lo que demuestra que el problema no ha sido resuelto.

El ejercicio del poder regulatorio del Estado le permite a éste proteger los intereses públicos esenciales, por lo que la pregunta que continúa es cómo se puede justificar que ciertas medidas por el Estado que afecten los intereses del inversionista extranjero no deban ser compensadas, mientras que otras sí. Consideración que debe ser nuevamente evaluada por los tribunales arbitrales, los cuales conocen que los derechos de propiedad no son absolutos por lo que tienen limitaciones inherentes a sus finalidades. Sin embargo, se presenta el problema, el cual radica en que las finalidades de un ordenamiento interno no sean reconocidas a nivel internacional, alimentando esa atmosfera de inseguridad jurídica, debido a que, aunque es de conocimiento general que la propiedad es una institución que responde a funciones sociales, la comprensión internacional sobre estas finalidades puede diferir de las consideraciones de un ordenamiento interno. Lo anterior implicaría entonces que, los inversionistas extranjeros al adquirir derechos del ordenamiento local como cualquier otro participante nacional del mercado, debería entonces al mismo tiempo estudiar la regulación interna para, así, conocer de manera previa en qué escenario una actuación es legítima y por tanto no le corresponde una compensación y en qué casos ésta si fuere procedente (Newcombe, 2005).

Lo problemático es sostener que una medida es legítima cuando “*se desarrolle en el ejercicio normal de las funciones regulatorias*” del Estado. Lo anterior no es suficiente puesto que no se elimina la incertidumbre sobre qué corresponde a el ejercicio normal de las funciones ya que esta determinación depende de las concepciones de los propios ordenamientos nacionales, en las cuales generalmente no existe un consenso universal. Es así como los tribunales arbitrales, como autoridades internacionales, han sostenido que la regulación emitida como consecuencia del poder regulatorio legítimo de un Estado que se rija por el principio de buena fe, que impliquen una consecuencia económica frente a una inversión

extranjera, no será objeto de compensación por lo que el Estado no será responsable, sin embargo, esta determinación se basa en un principio muy abstracto (Newcombe, 2005), por lo que nuevamente la aplicación a la realidad es ambigua y poco clara, dejando a los Estados en el mismo limbo jurídico.

Ahora bien, es evidente que la garantía de la expropiación indirecta es fundamental para los inversionistas extranjeros, ya que su finalidad es la de impedir que el Estado vulnere las expectativas legítimas del inversionista entorno a su inversión, mediante actos que no cuenten con una justificación razonable o sean ilegítimas. Razón por la cual, los Tribunales Arbitrales se han convertido en la principal fuente de Derecho en relación con la determinación del alcance de esta cláusula dentro de un APPRI, sin embargo, se debe comprender que este desarrollo jurisprudencial en la actualidad se encuentra en estado de evolución y en la que existen dos teorías disyuntivas.

La primera, busca que prevalezca la soberanía de los Estados, por lo que entran a inspeccionar a fondo la real intención de las medidas tomadas por el Estado receptor de la inversión. En cuanto a la segunda posición, es aquella que propugna por los inversionistas extranjeros y se centra en evaluar los efectos que tuvieron las medidas adoptadas por el Estado, sobre la inversión. Siendo la teoría en donde prevalecen los efectos y donde los inversionistas tienen como consecuencia más posibilidades de éxito, la predominante en la actualidad (Amado & Amiel, 2005).

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que, la concepción sobre la expropiación indirecta que ha desarrollado el DIIE no ha sido recogida de manera clara y expresa por la legislación interna colombiana, teniendo como consecuencia que ninguna norma se refiera a la expropiación indirecta de manera explícita. La normativa interna reconoce el derecho a la

propiedad privada, regula sus limitaciones y adicionalmente, las causas por las que esta puede ser expropiada, lo que hace parecer que la normativa interna es totalmente afín con la concepción de expropiación indirecta a nivel internacional. Sin embargo, aunque la expropiación indirecta ha tenido un desarrollo normativo y doctrinario a nivel internacional, no lo ha hecho de igual magnitud en la legislación interna, por lo que es crucial que dicha institución jurídica sea recogida por la regulación interna del país, que la aplicación de este mecanismo de protección sea implementado por las cortes nacionales, y que se utilice como garantía intrínseca de la propiedad privada, ya que esto permitiría que se subsanen los vacíos normativos y que la realidad del país coincida con la internacional, lo que propiciaría una concordancia real con la normativa internacional y la legislación interna que los rige (Dolzer, 2002).

Teniendo en cuenta lo precedente, es indiscutible que hoy en día no puede hablarse de la existencia de un concepto unánime que permita descifrar con exactitud cuándo una determinada medida se trata de una expropiación indirecta y cuándo no. Asimismo, es claro que los tribunales arbitrales han estado desarrollando marcos conceptuales que permitan delimitar un poco más la significación del concepto de expropiación indirecta, pero es evidente que no existe una única respuesta y que la casuística internacional se ha inclinado por proteger a los inversionistas, lo que sigue dejando a los Estados en una situación de inseguridad, donde la protección de sus intereses se puede ver limitada por las obligaciones a las que se han comprometido, a través de la celebración de un APPRI (Amado & Amiel, 2005).

No obstante, Colombia debe prestarle mayor atención al crecimiento de esta figura, ya que no es ajeno al riesgo que esta conlleva, luego que participa como Estado receptor de inversión extranjera. Esto quiere decir que, si el país quiere continuar con una apuesta política

y económica que busque promover la inversión extranjera, es fundamental que reduzca su propio riesgo económico y jurídico que este reto trae consigo. Lo anterior, permitiría continuar con la lucha por alcanzar las metas de crecimiento económico y que siga siendo atractivo a la luz de la inversión extranjera, pero cada vez más fortalecido y con herramientas jurídicas que le permitan relacionarse en condiciones de igualdad frente a las potencias mundiales y frente a los inversionistas privados, caracterizados por ser agentes del mercado sumamente poderosos.

Es claro que los riesgos previamente planteados además de ser inminentes ya se han materializado y convertido en una realidad, en la actualidad Colombia cuenta con varias demandas ante Tribunales Arbitrales Internacionales que suman más 23.000 millones de dólares. La más reciente, es la relativa al caso de Gas Natural Fenosa que en el 2017 demandó a Colombia ante la Corte Permanente de Arbitraje por 1.000 millones de dólares por la supuesta expropiación indirecta que ocasionó Colombia con la medida tomada de intervenir y luego liquidar la empresa Electricaribe (El Tiempo, 2017).

Puede que éste sea el caso más sonado, pero uno de los más relevantes es el caso Cosigo Resources, la pretensión presentada por esta empresa suma 16.500 millones de dólares lo que constituye una suma alarmante para el país. La compañía alega haber sufrido de expropiación por parte del Gobierno en el momento en que éste delimitó un parque natural el cual no puede ser explotado para la extracción de oro en una zona en la que previamente se les había otorgado una concesión minera (United Nations UNCTAD, 2018). Estos casos de controversias con solicitud de arbitraje en contra de Colombia, junto con otros como: América Móvil, Eco Oro, Glencore International y Telefónica S.A. permiten poner de presente lo problemático y

riesgoso que es el tema de la expropiación y en concreto de la expropiación indirecta para Colombia.

En definitiva, aunque sea claro que Colombia deba brindar una seguridad jurídica y una estabilidad política a los inversionistas extranjeros, para que el país continúe atrayendo inversión extranjera, el no darle la suficiente importancia a la figura de la expropiación indirecta conlleva a grandes riesgos, los cuales han sido expuestos reiteradas veces y que, poniéndolos en una balanza frente a los beneficios que trae la inversión, podrían llegar a pesar más por su amplia posibilidad de acarrear graves consecuencias para el país. En cuanto a las demandas a las que se enfrenta Colombia todas se encuentran activas y en proceso, por lo que se deberá esperar a que los Tribunales Arbitrales emitan sus fallos. Esto demuestra que se trata de una inseguridad jurídica real que afecta día a día al país, razón por la cual, en las conclusiones se expondrá una posible herramienta que Colombia eventualmente podría utilizar para fortalecerse y así disminuir los riesgos inherentes a los acuerdos de inversión ya celebrados y los que en el futuro celebrará.

6. CONCLUSIONES:

Colombia se ha caracterizado por ser un país interesado en atraer la inversión extranjera para todos los sectores de la economía, por lo que ha dirigido sus esfuerzos a ofrecer un ambiente cada vez más abierto, seguro y estable para el inversionista extranjero. El país reconoce lo fundamental que es esto para su desarrollo económico, social y político, razón por la cual le ofrece a los inversionistas extranjeros las mismas oportunidades y garantías que ofrece a sus nacionales (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia, 2018).

En los últimos 10 años Colombia ha encaminado sus esfuerzos a la tarea de atraer la inversión extranjera. Como consecuencia, ha tenido que negociar con distintos países y celebrar tratados o acuerdos de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera. Sin embargo, estas negociaciones no se han caracterizado por tener un amplio campo de acción; por lo que los Estados deben ser totalmente precavidos al momento de celebrar estos acuerdos, esto quiere decir que deben analizar e identificar si su regulación interna concuerda o no con la de los tratados. Aunque el Ordenamiento Interno del Estado receptor de la inversión deba ser reconocido, sin embargo, corren el riesgo que frente a un eventual conflicto donde la ley aplicable no ha sido previamente pactada el tribunal arbitral haga prevalecer las reglas de derecho internacional aplicables al caso, ya que estos tribunales se han tomado esta facultad bajo la interpretación del artículo 42 del Convenio del CIADI, previamente mencionada. Situación que exagera los riesgos de los Estados frente a una eventual demanda.

En conclusión:

Primero, Colombia debe en el futuro prestar más atención en el hecho de negociar a fondo cada una de las obligaciones a las que se va a comprometer, sino podría estar enfrentándose al caso de un contrato por adhesión en donde como parte, acepta un clausulado predeterminado, riesgo que el país no puede afrontar. Lo anterior es consecuencia directa de que la estructura y contenido de estos acuerdos se ha generalizado, lo que ha llegado a considerarse como Costumbre Internacional en el ámbito del DIIE.

Así las cosas, el clausulado se ha caracterizado por proteger a las inversiones y a sus inversionistas de los posibles riesgos que puedan llegar a tener, al realizarlas en un Estado del cual no son nacionales. El ejemplo perfecto es la cláusula sobre la expropiación directa e indirecta que, como se ha podido evidenciar, puede variar en su construcción narrativa pero sus elementos y objetivos son los mismos en todos los ejemplos de APPRI que trajimos a colación externos a Colombia y en todos los acuerdos de inversión ya celebrados por el país, ya que su finalidad es la de proteger al inversionista extranjero del posible abuso del Estado receptor de la inversión.

Segundo, si Colombia quiere seguir siendo un Estado competitivo en el mercado internacional de las inversiones y atractivo para los inversionistas extranjeros, debe necesariamente acogerse a estos tratados que se diseñaron, como se dijo al comienzo de este ensayo crítico, por las grandes potencias que buscaban blindarse y proteger sus intereses a través de distintas figuras, como lo es la prohibición de la expropiación indirecta, estando dicha regulación dirigida a países que no cuentan con la misma estabilidad política, ni económica, ni con la misma regulación interna, como es el caso del país.

Tercero, la finalidad de centrarnos en el estudio de la figura de la expropiación indirecta se debe a la necesidad que se identificó de hacer un llamado de atención de la

inseguridad jurídica en la que Colombia se encuentra inmerso al celebrar uno de estos tratados, obligándose a respetar la prohibición acerca de la expropiación indirecta, debido a la problemática latente que recae en la falta de determinación de este concepto a nivel internacional y nacional.

Es evidente que el tema de la expropiación indirecta no ha sido un tema pacífico y hasta el día de hoy no cuenta con una línea conceptual uniforme, aunque los Tribunales Arbitrales Internacionales como el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (CIADI), hayan intentado crear en estos últimos años un criterio unificador. Sin embargo, la posibilidad de que el país sea demandado ante uno de estos tribunales y sea condenado a pagar sumas exorbitantes es una posibilidad que pone en riesgo la estabilidad económica de éste, pues los tribunales siguen analizando caso por caso y a fin de cuentas el Estado no cuenta con seguridad jurídica plena que le permita conocer con anticipación cómo será juzgado, ya que los lineamientos que han aportado los laudos de los tribunales en estos años, aunque buscan delimitar el concepto y su aplicación, siguen siendo abstractos y sujetos a interpretación, lo que no ha permitido que se establezca el límite entre una medida regulatoria legítima y una medida ilegítima que vulnere las expectativas legítimas y derechos del inversionista extranjero; considerada como una expropiación indirecta.

Cuarto, toda celebración de un APPRI conduce a un efecto directo que comprende la disminución de la soberanía de los Estados en cuanto a su poder regulatorio, ya que deben ser más cuidadosos al hacer uso de su facultad regulatoria para evitar posibles afectaciones del inversionista extranjero. Es por esto que se debe procurar porque los tratados realmente permitan un balance entre los beneficios que la inversión extranjera aporta a los Estados receptores, el mantener la soberanía de los Estados y su libertad sobre el ejercicio regulatorio

del Estado, frente a las expectativas y garantías otorgadas a los inversionistas extranjeros, ya que lo que se ha evidenciado a través del análisis concreto acerca de la expropiación indirecta es que en la actualidad la balanza pareciera estar inclinada a favor de los inversionistas extranjeros, dejando un margen de desprotección muy riesgoso para los Estados y más para países que no están en condiciones de exigir, ya que se encuentran en vía de desarrollo, como es el caso de Colombia, lo que no les permite negociar en condiciones de igualdad frente a Estados o actores privados más poderosos; económica y políticamente.

Para finalizar y teniendo en cuenta lo anterior, estas protecciones sustantivas contenidas en los APPRI, que abogan por los inversionistas extranjeros, aunque se basen en la construcción autónoma de cada tratado, tienen sus raíces en el DIIE que ha establecido ciertos parámetros que se han convertido en costumbre y por ende en fuente de derecho, razón por la cual serán aplicadas por los Tribunales Arbitrales Internacionales, que las someterán a su interpretación, confirmando así, que la indeterminación del concepto de expropiación indirecta alimenta este escenario de inseguridad jurídica en la que se encuentran los Estados receptores de inversión, lo que permite que estas instituciones internacionales se inmiscuyan en las facultades regulatoria de los Estados, ya que serán estos los que definan que es considerada una medida regulatoria legítima y qué es considerado como una medida expropiatoria de la inversión.

El escenario descrito anteriormente, ha desencadenado en cierta parte de la doctrina una gran preocupación por los riesgos que implica para los Estados, lo que ha llevado a la búsqueda de distintas herramientas que permitan disminuir la discrecionalidad de los tribunales al momento de interpretar la cláusula de expropiación indirecta. Es así, como se propondrá una herramienta que permitiría a los Estados y en particular a Colombia,

fortalecerse frente a esta peligrosa situación, evitar eventuales conflictos como consecuencia de la prohibición sobre la expropiación indirecta y disminuir la inseguridad jurídica en la que se encuentran inmersos.

Como propuesta se sugiere que el instrumento que debería ser implementado es el de exigir por parte de los Estados receptores, previa a la celebración de un Acuerdo o Tratado de Promoción y Protección a la inversión extranjera, que se establezca con claridad el concepto, el alcance y las consecuencias de la prohibición sobre la expropiación indirecta. Esto dejaría en manos de las partes contratantes la comprensión del concepto, limitando la discrecionalidad de los Tribunales Arbitrales Internacionales frente al surgimiento de una disputa, lo que tendría como consecuencia la disminución de la inseguridad de los Estados receptores, pues estarían en capacidad de prever cuando una medida regulatoria podría llegar a ser calificada de expropiación indirecta en el ámbito del DIIE.

Esto implica que, a nivel interno, Colombia debe adoptar una posición frente a la expropiación indirecta, por lo que se sugiere que en el ordenamiento interno esta figura sea preestablecida. Lo anterior, permitirá que Colombia tenga un criterio sólido acerca de cuáles son sus límites para obligarse y qué comprendería una obligación excesiva y riesgosa, ya que, aunque la figura de la inversión extranjera se presente como una gran oportunidad que tendría como efecto beneficios para el país, el obligarse sin haber prestado el adecuado cuidado a estos detalles, podría acarrear consecuencias catastróficas para el país.

En resumen, la economía global moderna, la desregularización de los mercados y la apertura del mercado a nuevos actores privados, debido a la privatización en sectores estratégicos que les ha permitido fortalecerse, ha implicado la necesidad de todos los Estados y en especial los que se encuentran en vía de desarrollo de abrir sus puertas a la inversión

extranjera para poder ser competitivos en el mercado global, lo que tendría consecuencias benéficas para su crecimiento económico en general. Sin embargo, la necesidad de los Estados por permanecer en el mercado y seguir siendo competitivos, ha implicado sacrificios como el de anteponer los intereses privados sobre el ordenamiento interno y los intereses públicos, para seguir siendo atractivos a los ojos de los inversionistas extranjeros.

El arbitraje como método alternativo de solución de controversias, se adecua a esta realidad global, ya que la finalidad es la de despolitizar las decisiones, contando con total independencia e imparcialidad, por lo que considero que la cláusula compromisoria en la que acuerdan llevar toda disputa que surja en ocasión del tratado ante estos tribunales es adecuada, aunque, sea una limitación a la soberanía de los Estados, pues están aceptando que las decisiones que los tribunales tomen al proferir un laudo sean de obligatorio cumplimiento para ellos y a la vez renunciando a sus propios mecanismos de solución de controversia, es justificable debido a que en el ámbito del mercado globalizado, que contiene grandes vacíos normativos en cuanto a la regulaciones de las transacciones internacionales; el arbitraje puede ser considerado una herramienta valiosa que abogue por los intereses de los Estados y de los inversionistas extranjeros. No obstante, el arbitraje de inversiones se ha caracterizado en su gran mayoría por inclinarse a favor de los inversionistas que de los Estados, lo que ha resultado en una pérdida de credibilidad por parte de los Estados, por lo que los Estados receptores y, en especial Colombia, al haber suscrito el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de Otros Estados, deberán exigir a estas instituciones arbitrales garantías en cuanto a la imparcialidad de los árbitros.

A modo de desenlace, se debe reiterar que no se busca decir que Colombia no deba aceptar ninguna de estas limitaciones, teniendo en cuenta que esto no le permitiría permanecer

en esta economía global, la cual es una realidad de la cual el país no puede escapar. Lo que si implica en definitiva es que Colombia deba aceptar ceder parte de su soberanía para poder canalizar capital extranjero a distintos sectores económicos del país que lo necesitan. Sin embargo, el objetivo del ensayo crítico siempre fue la de hacer énfasis en el hecho de que la celebración de los APPRRI está poniendo en riesgo al país y sus consecuencias podría llegar a ser más gravosas y tener más peso que los mismos beneficios que la inversión extranjera aporta al país, por lo que la finalidad de esta crítica, era la de hacer un llamado de alerta sobre las implicaciones reales inherentes a estos tratados y que todo Estado receptor de inversión debería tener en cuenta, por lo que se deben analizar con mayor detalle y cautela, en especial la cláusula que prohíbe la expropiación indirecta.

7. BIBLIOGRAFÍA:

I. Constitución, Código Civil y leyes:

1. Asamblea Nacional Constituyente, Congreso de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, Artículo 51, 58, 62, 79, 333 y 365: Legis, Edición 38.
2. Bello, A. (1887). Código Civil Colombiano. Bogotá, Artículo 699: Legis, Edición 36.
3. Congreso de Colombia. Ley 9 de 1889. Obtenido de Diario Oficial. Año CXXV. N. 38650. 11, Enero, 1989. Pág. 1. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1565665>
4. Congreso de Colombia. Ley 99 de 1993. Obtenido de Diario Oficial. Año CXXIX. N. 41146. 22, Diciembre, 1993. Pág. 1. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1635523>
5. Congreso de Colombia. Ley 105 de 1993. Obtenido de Diario Oficial. Año CXXIX. N. 41158. 30, Diciembre, 1993. Pág. 11. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1640897>
6. Congreso de Colombia. Ley 388 de 1997. Diario Oficial. Año CXXXIII. No. 43091. 24, Julio, 1997. Pág. 4. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1659295>
7. Congreso de Colombia. Ley 1450 de 2011. Diario Oficial. Año CXLVII. N. 48102. 16, Junio, 2011. Pág. 1. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680917>
8. Congreso de Colombia. Ley 1682 de 2013. Diario Oficial. Año CXLIX. N. 48982. 22, Noviembre, 2013. Pág. 1. Recuperado de: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1686323>

9. Congreso de Colombia. Ley 1742 de 2014. Diario Oficial. Año CL. N. 49376. 26, Diciembre, 2014. Pág. 1770. Recuperado de: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1687510>

II. Jurisprudencia:

1. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. (11 de febrero de 2009). MP: Ramiro Saavedra. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://procesal.uexternado.edu.co/pR0c3-3xT3rNaD0-U3C/wp-content/uploads/2014/02/B24C2.pdf>
2. Corte Constitucional de Colombia. (16 de junio de 1994). Sentencia T-284 de 1994. MP: Vladimiro Naranjo. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-284-94.htm>
3. Corte Constitucional de Colombia. (1 de abril de 1998). Sentencia C-126 de 1998. MP: Alejandro Martínez. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-126-98.htm>
4. Corte Constitucional de Colombia. (10 de agosto de 1998). Sentencia C-400 de 1998. MP: Alejandro Martínez. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/c-400-98.htm>
5. Corte Constitucional de Colombia. (24 de enero de 2001). Sentencia C-053 de 2001. MP: Cristina Pardo. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-053-01.htm>
6. Corte Constitucional de Colombia. (14 de marzo de 2006). Sentencia C-189 de 2006. MP: Rodrigo Escobar. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-189-06.htm>

7. Corte Constitucional de Colombia. (13 de junio de 2007). Sentencia C-476 de 2007. MP: Álvaro Tafur. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-476-07.htm>
8. Corte Constitucional de Colombia. (30 de marzo de 2011). Sentencia C-227 de 2011. MP: Juan Carlos Henao. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-227-11.htm>

III. Justicia Arbitral:

1. ICSID Case No. ARB/12/2. (ICSID 16 de Abril de 2014). Emmis International Holding, BV and others Vs Hungary Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3143.pdf>
2. International Court of Justice. (1970). Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Case Concerning the Barcelona traction, Light and Power Company, Limited. Recuperado de: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>
3. Italaw. (2015). Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. Vs República de Costa Rica, ARB(AF)/96/1 (CIADI 17 de Febrero de 2002). Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/3413>
4. Italaw. (2015). Metalclad Corporation Vs Estados Unidos Mexicanos, ARB (AF)/97/1 (CIADI 30 de Agosto de 2000). Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/671>
5. Italaw. (2015). Plama Consortium Limited Vs Republic of Bulgaria, ARB/03/24 (ICSID 8 de Febrero de 2005). Recuperado de : <https://www.italaw.com/cases/857>
6. Italaw. (2015). Saluka Investments BV (The Netherlands)Vs The Czech Republic, Partial Award (UNCITRAL 17 de Marzo de 2006). Recuperado de: <https://www.italaw.com/cases/documents/963>

7. United Nations. (2006) Norwegian Shipowners Claims, Norway Vs United States, RIAA 307 (Permanent Court of Arbitration PCA 13 de October de 1992). Reports of International Arbitral Awards. Recuperado de: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_I/307-346.pdf
8. United Nations UNCTAD. (2013). Tza Yap Shum Vs Republic of Peru, ARB/07/6 (ICSID 7 de Julio de 2011). Investment Policy. Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/Details/255>

IV. Tratados Internacionales y Acuerdos Internacionales de Inversión Extranjera:

1. Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América, 22 de diciembre de 2006. Recuperado de: http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/727/texto_final_del_acuerdo
2. Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de inversiones entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno del reino unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, 17 de marzo de 2010. Recuperado de: <http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=62897&name=APPRIColombiaReinoUnido.pdf&prefijo=file>
3. Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Turquía sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones, suscrito el 28 de julio de 2014. Recuperado de: http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=73177&name=APPRICol_Turqui_28JUL2014_Esp.pdf&prefijo=file
4. Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 330, pág. 3. Recuperado de: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=enPublicaciones

5. Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1155, pág. 443. Recuperado de: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>
6. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de Otros Estados; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington D.C., 2006. Recuperado de: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
7. Modelo de Tratado Bilateral de Inversión Extranjera del Reino Unido, 2008. Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2847>
8. Modelo de Tratado Bilateral de Inversión Extranjera de Alemania, 2008. Recuperado de: <https://www.italaw.com/sites/default/files/archive/ita1025.pdf>
9. Modelo de Tratado Bilateral de Inversión Extranjera de China, 2003. Recuperado de: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/42>
10. Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 1 de enero de 1994. Recuperado de: https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Espanol/Tratado_de_Libre_Comercio_de_America_del_Norte-TLCAN.pdf
11. Tratado Bilateral de Inversión Extranjera entre Estados Unidos y Azerbaiyán, 2 de agosto de 2001. Recuperado de: <https://2001-2009.state.gov/documents/organization/43478.pdf>
12. Tratado de Libre Comercio Colombia – México, 1 de enero de 1995. Recuperado de: http://www.mincit.gov.co/tlc/publicaciones/37363/texto_del_acuerdo_colombia-mexico

V. Doctrina:

1. Amado, J. D., & Amiel, D. (2005). La expropiación indirecta y la protección a las inversiones extranjeras. *Themis*, (págs. 59-68).
2. Arsen, P. (2003). *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. Buenos Aires: Astrea.
3. Boczek, B. A. (2005). *International Law: A dictionary*. Toronto: The scarecrow Press, Inc.
4. Broches, A. (1995). The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals Of Other States. En *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law* (págs. 198-205). The Hague: Martinus Nijhoff Publishers.
5. Burgstaller, M. (2017). *Expropriation in international investment law*. UK: Westlaw.
6. Calderón, J. J. (2005). Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructura e interpretación . *Estudio Socio Jurídico* , (págs. 1-32).
7. Cárdenas, A. (2016). Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a los arbitrajes de inversión derivados de los Acuerdos Internacionales de Inversión. *Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho de los negocios, CYRCI*.
8. Castro, M. N. (2017). El Estado Colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Revista Derecho del Estado*, (págs. 33-66).
9. Concha, J. R., & Gómez, O. A. (2016). Análisis de atracción de inversión extranjera a países de la Alianza del Pacífico . *Elsevier España Estudios Gerenciales*, (págs. 369-380).
10. Dolzer, R. (2002). Indirect Expropriations: New Developments? *New York University Environmental Journal*.
11. Dorín, N. G. (2011). Inversiones extranjeras en el marco de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección a las Inversiones. El CIADI como arbitraje institucional

- internacional. *Congreso de Derecho Público para estudiantes y jóvenes graduados* (pág. 14). Buenos Aires: Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.
12. Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo, Decima Edición*. Buenos Aires, (pág. 951).
13. Dugan, C., Wallace, D., Rubins, N., & Sabahi, B. (2011). *Investor-State Arbitration*. OUP USA.
14. Echavarría, J. J., & Zodrow, G. R. (Agosto de 2005). *Impuestos a las Utilidades e Inversión Extranjera Directa en Colombia*. Obtenido de Banco de la República de Colombia: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra348.pdf>
15. Faria, J. E. (1990). El fenómeno de la Globalización Económica: Orígenes, Implicaciones y Manifestaciones. En *El Derecho de la economía Globalizada* (págs. 53-66). Madrid: Trota.
16. Faya, A. (2013). *¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión?* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
17. Gelerstein, A. A., & Portales, C. A. (2012). *Estandar de protección a la inversión extranjera: Tratamiento doctrinario, jurisprudencial de las cláusulas de expropiación y trato justo y equitativo*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
18. Ghouri, A. (2011). *The evolution of bilateral investment treaties, investment treaty and arbitration and international investment law*. *International Arbitration Law Review*, 14(6), (págs. 189-204). Obtenido de: <http://ssrn.com/abstract=1970561>
19. González-Pérez, M. A. (5 de Noviembre de 2017). *¿Colombia tiene las claves para ser un mercado emergente?* Obtenido de Revista Dinero: <http://www.dinero.com/opinion/columnistas/articulo/colombia-tiene-claves-para-ser-mercado-emergente-maria-gonzalez/252057>
20. Gordillo, A. (1967). Limitaciones a la Propiedad. En *Derecho Administrativo de la Economía* (págs. 370-392). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

21. Granato, L., & Nahuel Oddone, C. (2007). Derecho internacional ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis? *Revista Universidad EAFIT*, (págs. 24-41).
22. Gutiérrez Posse, H. (1993). *Acuerdos para promoción de inversiones extranjeras. Sistemas de solución de controversias*. Buenos Aires: Los Convenios para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
23. Higgins, R. (1982). Legal tasks underlying the labels. En *The Taking of Property by the State* (págs. 267-278). Boston: Hague Academy of International Law.
24. Houde, M. (2006). Novel Features in Recent OECD Bilateral Investment Treaties. En *International Investment Perspectives OECD 2006 Edition* (págs. 144-181)
25. International Council for Commercial Arbitration . (2008). Yearbook Commercial Arbitration Vol. XXXIII . En A. Van Den Berg. The Hague: Permanent Court of Arbitration.
26. Jessup, P. C. (1956). Transnational Law. *Yale University Press*, (págs. 2-35).
27. Johnson, L. (2012). The 2012 US Model Bit and What the Changes (or Lack Thereof) Suggest about Future Investment Treaties. *Political Risk Insurance Newsletter Vol. VIII, Issue 2*. Columbia Law School and the Earth Institute.
28. Kurtz, J. (2008). Adjudging the exceptional at International Law: Security, Public Order and Financial Crisis. *Institute for International Law and Justice*, (págs. 1-58).
29. Lowenfeld, A. (2003). Evolving standards of International Law on International Investment. En *International Economic Law* (págs. 530-539). New York: Oxford University Press.
30. Mann, H. (2015). *ISDS: Who wins more, Investors or States?* Canada: International Institute for Sustainable Development.
31. Márquez Escobar, C. P., & Villegas Carrasquilla, L. (2009). Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (págs. 155-180).

32. Márquez, P. (2008). Expropiación mediante regulación: Inversión Extranjera, Tratados de Promoción de Inversiones y el poder de policía administrativo. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (págs. 13-68).
33. Moreno Rodríguez, R. (1998). *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: La Ley.
34. Neumayer, E., & Spess, L. (2005). ¿Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries? *World Development Journal*, (págs. 33-35).
35. Newcombe, A. (2005). The Boundaries of regulatory expropriation in International Law. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal- University of Victoria*, (págs. 421-425).
36. Newcombe, A., & Paradell, L. (2008) Law and Practice of Investment Treaties, Standards of Treatment. *Kluwer Law International BV, The Netherlands*, (págs. 1-41).
37. Olynyk, S. (2012). A balanced approach to distinguishing between legitimate regulation and indirect expropriation in Investor-State Arbitration. *International Trade and Business Law Review*, (págs. 254-296).
38. Paéz, M. (2006). La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autoregulación de los actos administrativos de los Estados. *Revista de Estudios Internacionales*, (págs. 5-36).
39. Reisman, W. M., & Sloane, R. D. (2004). Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. *Yale Law School Legal Scholarship Repository Series, Paper 1002*, (págs. 115-150).
40. Rosabal, C. M. (2011). Polémicas acerca de la expropiación indirecta en los Acuerdos en materia de Inversión y la responsabilidad Internacional del Estado. En *Siete Tópicos sobre Derecho Internacional* (págs. 38-50). Cuba: Universidad de Gama.
41. Ruiz, H. (28 de Abril de 2008). *La expropiación: incompatibilidad con el derecho de reglamentar en derecho internacional de las inversiones*. Consejo Jurídico del CADTM. Obtenido de www.cadtm.org/los-tratados-de-proteccion-de-las

42. Schacherer, S. (10 de Agosto de 2016). *Can EU Member States Still Negotiate BITs with Third Countries?* Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. Obtenido de <https://www.iisd.org/itn/es/2016/08/10/can-eu-member-states-still-negotiate-bits-with-third-countries-stefanie-schacherer/>
43. Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, (págs. 80-200).
44. Suescún de Roa, F. (2010). Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento. *Universidad de los Andes. Revista de Derecho privado N.º 44*.
45. Vandevelde, K. J. (2005) A brief history of International Investment Agreements. *University of California, Davis Vol.12:157* (págs. 158-193).
46. Vandelvelde K. J. (2010) *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*. Thomas Jefferson School of Law, San Diego California, *Research Paper No. 3022249*. (págs 19-59). Obtenido de: <http://ssrn.com/abstract=3022249>
47. Weiner, A. S. (2003). Indirect Expropriations: The need for a taxonomy of legitimate Regulatory Purposes. *International Law FORUM du droit international* (pág. 169). Kluwer Law International.

VI. Otras fuentes:

1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (22 de Enero de 2018). Obtenido de Defensa Jurídica Internacional: <https://defensajuridica.gov.co/Paginas/dji/index.aspx>
2. El Tiempo. (30 de Mayo de 2017). En riesgo US\$23.000 millones del país por demandas internacionales. *Justicia*, pág. 1.
3. Comisión Europea. (13 de Diciembre de 2016). La Comisión Europea y el Gobierno de Canadá organizan conjuntamente debates sobre un tribunal multilateral de

- inversiones. *Press Release Database*. Obtenido de http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4349_es.htm
4. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. (12 de Junio de 2017). Ecuador denuncia sus 16 TBIs restantes y publica informe de auditoría CAITISA. *Investment Treaty News*. Obtenido de <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>
 5. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia. (20 de abril de 2018). *Consulta pública – BIT modelo colombiano*. Obtenido de http://www.mincit.gov.co/publicaciones/34194/consulta_publica_bit_modelo_colombiano
 6. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, República de Colombia. (12 de Enero de 2018). *Acuerdos Internacionales de Inversión Vigentes*. Obtenido de http://www.tlc.gov.co/publicaciones/6420/acuerdos_internacionales_de_inversion_vigentes
 7. Ministerio de Relaciones Exteriores - Dirección de Asuntos Internacionales. (12 de febrero de 2018). *Biblioteca Virtual de Tratados*. Obtenido de <http://apw.cancilleria.gov.co/tratados/SitePages/BuscadorTratados.aspx?TemaId=41&Tipo=B>
 8. Real Academia Española. (2017). *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Edición del Tricentenario.
 9. The World Bank Group with CAF - Development Bank of Latin America. (2013). *Regulating Foreign Direct Investment in Latin America*. Global Indicators and Analysis Department.
 10. United Nations. (2007). *Bilateral Investment Treaties 1995-2006. United Nations Conference on Trade and Development*, (págs. 1-172). New York and Geneva.
 11. United Nations UNCTAD. (12 de 02 de 2018). *Investment Policy Hub*. Obtenido de [Investment Dispute Settlement Navigator: http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/45?partyRole=2](http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/CountryCases/45?partyRole=2)

12. Uprimny, R. (10 de Junio de 2017). Arbitrajes Peligrosos. *El Espectador*, (pág. 1).
Obtenido de: <https://www.elspectador.com/opinion/arbitrajes-peligrosos-columna-697763>