

**NATALIA GALVIS YANDAR**

**VULNERACIÓN DE CONTRATOS PROTEGIDOS POR UNA CLAUSULA PARAGUAS EN  
ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (AI)**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**PROYECTO DE GRADO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2018**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

<b>Rector:</b>	Dr. Juan Carlos Henao Pérez
<b>Secretaria General:</b>	Dra. Martha Hinestrosa Daza
<b>Directora (E) del Departamento de Derecho Fiscal:</b>	Dra. Olga Lucía González Parra
<b>Presidente de Trabajo de Grado:</b>	Dra. Olga Lucía González Parra
<b>Director de Trabajo de Grado:</b>	Dra. Diana Patricia Richardson Peña
<b>Jurados de Trabajo de Grado:</b>	Dra. Carolina Acosta Ramos Dr. César Sánchez Muñoz

*A Dios y mi familia.*

# CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>I. FUNDAMENTO LEGISLATIVO:</b> .....	<b>7</b>
A. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1945:.....	8
B. PRINCIPIO DE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS: .....	9
C. TRATADOS INTERNACIONALES: FUENTES DE OBLIGACIONES .....	11
D. ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN:.....	13
E. CLÁUSULAS:.....	14
1. <i>Cláusula paraguas</i> .....	14
2. <i>Cláusula de expropiación:</i> .....	15
a. <i>Expropiación directa:</i> .....	16
b. <i>Expropiación indirecta:</i> .....	17
F. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS: .....	20
<b>II. DE LA VULNERACIÓN DE UN CONTRATO DE INVERSIÓN A LA VIOLACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL: ESTUDIO DE LOS CRITERIOS.....</b>	<b>26</b>
A. NATURALEZA DE LA DISPUTA: DEFINICIÓN DEL FORO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:.....	27
B. ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN: .....	31
<i>Definición de inversión:</i> .....	32
1. <i>Test Salini (Salini c. Marruecos):</i> .....	34
C. CLÁUSULA PARAGUAS: APLICACIÓN CONDICIONADA A LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO CONTRACTUAL. ....	37
D. EXPROPIACIÓN INDIRECTA:.....	40
1. <i>Impacto de la medida</i> .....	41
a) ¿Qué implica la neutralización del uso de la inversión?:.....	45
(1) Pérdida de al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad: .....	46
(a) Disminución del valor:.....	46
(b) Pérdida de control sobre la inversión: .....	47
(2) Trascendencia de la medida: .....	52
(a) Duración de la interferencia:.....	52
(b) Gravedad de la medida: .....	53
2. <i>Interferencia con las expectativas del inversionista</i> .....	54
3. <i>Naturaleza, propósito y carácter de la medida</i> .....	57
(i) <i>Doctrina Sole Effects</i> .....	57
E. CONDUCTAS DEL ESTADO SEÑALADAS COMO EXPROPIACIÓN INDIRECTA: .....	58
1. <i>¿En el caso colombiano: los tributos pueden configurar una expropiación indirecta? ....</i>	59
F. EXPROPIACIONES LEGÍTIMAS: .....	65
G. DEBER DE REPARAR DEL ESTADO .....	66
<b>III. CONCLUSIONES:</b> .....	<b>69</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>74</b>

## **VULNERACIÓN DE CONTRATOS PROTEGIDOS POR UNA CLAUSULA PARAGUAS EN ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN (AII)**

### **INTRODUCCIÓN**

Acorde con el derecho internacional, los Estados, en virtud del principio de Soberanía tienen la potestad de autorregularse sin interferencia de entes externos, en aras de lograr el desarrollo económico, social y ecológico al interior de su territorio. De esta manera, a través de sus actos son plenamente capaces de cambiar las condiciones en las cuales se ha establecido una inversión. Sin embargo, estas acciones pueden originar daños a un inversionista extranjero.

En aplicación de su capacidad de autorregulación, es común que los países firmen Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) que protegen a sus inversionistas, ya sea un Tratado Bilateral de Inversión o el capítulo de inversión de un Tratado de Libre Comercio. En estos acuerdos es usual que pacten una Cláusula Paraguas, es decir que se obligan a respetar la inversión de los inversores extranjeros provenientes del país con el que entablan el Acuerdo, sin embargo, la aplicación de esta cláusula se encuentra condicionada a la existencia de un vínculo contractual entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión.

Entonces, cuando el comportamiento del Estado vulnera el contrato de inversión pactado entre inversionista-Estado, si esta afectación del contrato puede ser catalogada como una expropiación indirecta de la inversión en virtud del AII, lo que inicialmente se tomaría como un simple incumplimiento del contrato realmente decantaría en la violación de un Tratado, generando la responsabilidad internacional del Estado y

derivando en el subsecuente deber de reparar el daño causado por el comportamiento ilícito del Estado.

Las indemnizaciones a las que se condena a los Estados suelen ser sumamente cuantiosas, por lo que, si bien los AII resultan imprescindibles para el desarrollo de los países, para las economías en desarrollo estas sentencias pueden resultar siendo sumamente perjudiciales, no solo en razón de la carga obligacional que suponen, sino además porque el Estado afectado adquiere una imagen internacional contraproducente con los propósitos de atracción de inversión que tiene al suscribir dichos acuerdos.

Vgr. Solo en el caso *Tobie Mining c. Colombia* los inversionistas reclaman una indemnización al Estado por valor de 16.511 millones de USD, en virtud de lo que ellos argumentan es una expropiación indirecta; lo cual equivale a aproximadamente la quinta parte del presupuesto de la nación para el año 2018.

Teniendo en cuenta que este es únicamente el primero de 11 casos de responsabilidad a los que se enfrenta actualmente el Estado<sup>1</sup>, Colombia podría llegar a enfrentarse a una grave crisis económica derivada del pago de una o varias indemnizaciones generadas en la violación de Acuerdos Internacionales de Inversión.

Así, la firma de AIIs genera riesgos para las economías en desarrollo (como Colombia) por cuanto no existe una definición exacta respecto a los criterios que determinan la existencia o no de una expropiación indirecta, aunado a a que estos lineamientos son

---

<sup>1</sup> De los cuales todavía no se tiene una cifra exacta de las indemnizaciones reclamadas, en tanto que muchos de los casos son demasiado recientes y se encuentran en una etapa inicial o los documentos aún no son de carácter público.

determinados, como regla general, por los mismos tribunales arbitrales que dirimen las controversias.

Si bien el precedente es no es de aplicación obligatoria, la jurisprudencia suele ser tomada como criterio de interpretación por los tribunales y en esta sustenta sus fallos. Por ello, es fundamental que los Estados tengan presente las determinaciones previas de los tribunales en las cuales se basan las condenas internacionales, y al considerar los comportamientos condenados internacionalmente regulen sus actuaciones buscando que estas sean adecuadas al cumplimiento de sus obligaciones, con lo cual es factible la prevención de este tipo de indemnizaciones millonarias.

En el presente texto se estudiarán las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales internacionales en los que usualmente se solucionan estas controversias: CIADI y CNUDMI, los cuales se han pronunciado sobre los diferentes criterios que elevan la simple vulneración de un contrato entre el inversionista y el Estado a la violación de un AII.

#### I. FUNDAMENTO LEGISLATIVO:

En el presente capítulo se desarrolla la normatividad que rige y fundamenta el presente estudio, la cual está estructurada en una secuencia lógica en relación con el desarrollo de esta investigación. Se inicia estudiando la carta de la ONU en la cual se consagra el principio de soberanía de los Estados y crea la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y la Asamblea General de la ONU; pasando posteriormente a los tratados internacionales catalogados como fuente de obligaciones internacionales en virtud del estatuto de la CIJ. Puesto que los AII son tratados internacionales y por lo tanto fuente de

obligaciones, pasamos a estudiar las cláusulas más relevantes de estos en relación con el presente proyecto, las cuales según el artículo 31 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados deben interpretarse conforme al contexto de los términos mismos del AII, su objeto y fin. Finalmente se estudia la Resolución AG 56/83 de la ONU, según la cual el incumplimiento de los AII por actos catalogados como internacionalmente ilícitos puede configurar la responsabilidad del Estado y derivar en el deber de reparar los daños causados por el mismo, y la vinculatoriedad de los laudos arbitrales emitidos por el CIADI y la CNUDMI en virtud de los acuerdos que los regulan.

#### A. CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1945:

Las Naciones Unidas es una organización creada en 1945, como respuesta a los eventos acaecidos durante la primera y segunda guerra mundial y las terribles violaciones de derechos humanos que sucedieron en el transcurso de estas, la cual se encuentra constituida en la Carta de las Naciones Unidas, que fue firmada el 6 de junio de 1945 en San Francisco, Estados Unidos, y que entró en vigencia a partir del 24 de octubre del mismo año.

De igual manera en la Carta de la ONU se crea: (a) la Corte Internacional de Justicia, donde se establece que este será el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, por lo cual el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta; y (b) la Asamblea General de la ONU, la cual está integrada por los 193 Miembros de la ONU y constituye un foro singular para las deliberaciones multilaterales sobre todas las cuestiones internacionales que abarca la Carta, de modo



que desempeña una función importante en el proceso de establecimiento de normas y codificación del derecho internacional. (ONU, 2018b)

#### B. PRINCIPIO DE SOBERANÍA DE LOS ESTADOS:

El artículo 1 de la Carta establece como propósitos de la organización:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad
3. Cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales.
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.

En aras de cumplir con estos propósitos, en su artículo 2, se determina que la ONU procederá conforme a una serie de principios, entre los cuales, en su numeral 1, se destaca el Principio de Soberanía de los Estados, en el que se establece que esta organización se encuentra fundada en el reconocimiento de la igualdad soberana de todos sus miembros.

Aunado a lo anterior, en su artículo 2(7) se establece que la ONU no está autorizada para intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni puede obligar a los Miembros a someter estos asuntos a procedimientos de solución de controversias conforme a la misma Carta.

Según Kaiser (2010) “la soberanía denota el derecho legal exclusivo, supremo e inalienable y la autoridad de los Estados para ejercer el poder dentro de su área de jurisdicción” (p. 103)

En el mismo capítulo Kaiser (2010) también analiza la relación entre la soberanía de los Estados y los acuerdos internacionales a través de los cuales se obligan ejerciendo esta facultad, y concluye que, a pesar de tales instrumentos internacionales, su capacidad como Estado soberano no se ve afectada (p. 103)

De este modo, en aplicación del Principio de Soberanía, los Estados ejercen legítimamente la facultad de autodeterminarse, en razón de lo cual, propendiendo al desarrollo económico, social, cultural y ecológico de su nación y con el propósito de proteger los intereses de su población, tienen la autoridad para regular sus actividades internas sin interferencia de entes externos. No obstante, ello no implica el desconocimiento de las obligaciones adquiridas en el marco de determinados acuerdos internacionales, en virtud de los cuales tal soberanía no debe concebirse en términos absolutos.

En este punto es importante tener en cuenta que la soberanía de los Estados puede verse razonablemente limitada en virtud de los Acuerdos que firme el Estado, en tanto que se constituyen como fuentes de derecho internacional, y por ende surge la obligación del estado de cumplir los compromisos establecidos en estos, de otro modo puede encontrarse frente a condenas cuantiosas surgidas de la responsabilidad derivada de hechos ilícitos. En este sentido en el caso de las condenas por expropiación indirecta de inversiones protegidas bajo cláusulas paraguas, algunos autores como Castro (2017) creen que el alcance de la cláusula paraguas está limitado a la protección de las inversiones contra medidas gubernamentales expedidas por el Estado, otros como

Mereminskaya (2009) consideran que la limitación en los actos del Estado se extiende hasta su comportamiento de carácter comercial libre de atribuciones soberanas. En tanto que la resolución AG 56/83 de la ONU tiene en cuenta la violación de obligaciones internacionales por el comportamiento del Estado, independientemente de si derivan de sus facultades soberanas o de carácter comercial. En este punto, resulta atinado coincidir con la apreciación dada por Mereminskaya (2009) respecto a un alcance más amplio en relación a la protección otorgada por la cláusula paraguas.

### C. TRATADOS INTERNACIONALES: FUENTES DE OBLIGACIONES

La Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de la Organización de las Naciones Unidas y está encargada de decidir las controversias jurídicas entre Estados; también emite opiniones consultivas sobre cuestiones que pueden someterle órganos o instituciones especializadas de la ONU (Naciones Unidas [ONU], 2018a). Como se mencionó anteriormente, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta de la ONU de modo que pueden recurrir a la Corte todos los Estados partes, que corresponden a todos los Miembros de las Naciones Unidas. En este sentido, el art 93 numeral 1 de la carta de la ONU dispone que el Estatuto de la CIJ es obligatorio para todos los Estados Miembros de la ONU.

El artículo 38 del Estatuto de la CIJ establece las fuentes primarias y secundarias del Derecho Internacional Público, las cuales también son reconocidas por los Estados que no pertenecen a la ONU.

Las fuentes primarias son:

- a. Los tratados internacionales

- b. La costumbre internacional
- c. Los principios generales del derecho

Las fuentes secundarias son:

- a. Las decisiones judiciales de los tribunales internacionales.
- b. Las opiniones de la doctrina del derecho internacional público.

(Rojas Amandi, 2010, p. 19).

Con el fin de cumplir con los propósitos fijados en la Carta de la ONU, las Naciones Unidas codifican el derecho de los Tratados a través de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (en adelante Convención de Viena).

La Convención de Viena define un “Tratado” como “*un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”.

De igual manera, el artículo 31 de la Convención de Viena -instrumento vinculante una vez ha sido ratificado por los Estados- establece la Regla General de Interpretación, la cual sostiene que “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*” (Convención de Viena, 1980)

De este modo, el acuerdo de voluntades pactado entre Estados en un tratado internacional, independientemente de la denominación que reciba (acuerdo, tratado, convención...), es fuente de obligaciones internacionales, el cual debe interpretarse acorde con los términos mismos del tratado, teniendo en cuenta el objeto y fin del tratado.

#### D. ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN:

Los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) son uno de los varios tipos de Tratados Internacionales que celebran los Estados, y cuyo propósito es la atracción y protección de la inversión extranjera.

Los AII se clasifican en dos tipos: Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio bilaterales y regionales (TLC)

Los propósitos fundamentales de este tipo de acuerdos son: la promoción y protección recíproca de las inversiones.

- **Promoción:** *“se ve representada en la atracción de flujos de inversión”*
- **Protección:** *“a través de la concesión de una serie de estándares de tratamiento y protección y, especialmente, en la consagración del arbitraje internacional como el sistema preferente de solución de controversias Inversionista-Estado.”* (Polanco Lazo, R., 2013)

Estos acuerdos se pueden clasificar de la siguiente manera, según el momento a partir del cual se determine la protección de la inversión:

- **Post-establecimiento:** *“la protección de la inversión se otorga una vez la inversión ha sido instalada en el territorio del país receptor de la inversión... No se otorga al inversionista extranjero cubierto por el tratado, ventajas respecto del acceso de la inversión al país sino que, en lo que respecta al acceso debe ajustarse al ordenamiento jurídico de dicho país como cualquier otro inversionista. Ahora bien, una vez realizada la inversión, el inversionista extranjero tiene la ventaja de estar protegido en adelante por los compromisos establecidos en el tratado”.*

- **Pre-establecimiento:** *“la protección se extiende al inversionista incluso desde antes de instalar la inversión en el territorio del país receptor. Se trata de una protección más profunda que la que se otorga mediante un modelo post-establecimiento”.* (MinCIT, 2018)

#### E. CLÁUSULAS:

En los Acuerdos Internacionales de Inversión se pactan cláusulas cuyo propósito es la promoción y protección de las inversiones. De las cuales en el presente acápite se definirán dos que resultan imprescindibles para el estudio del tema en desarrollo: la Cláusula Paraguas y la Cláusula de Expropiación.

##### 1. Cláusula paraguas

*“En términos generales, se denominan cláusulas paraguas a aquellas disposiciones de tratados internacionales que obligan a los Estados signatarios a cumplir los compromisos contraídos con respecto al inversionista o la inversión.”* (Mereminskaya, 2009, p. 13)

“El objeto de dichas cláusulas ha sido materia de discusión pero, sin embargo, es posible señalar que la mayoría estima que estas cláusulas imponen la obligación para los Estados de cumplir con todos sus compromisos para con los inversionistas extranjeros, esto quiere decir que, entre otros, el Estado está obligado internacionalmente a cumplir con sus obligaciones contractuales con dichos inversionistas. (...) Estas cláusulas transforman las obligaciones contractuales en obligaciones del tratado y por lo tanto su inobservancia puede generar la responsabilidad internacional del Estado.” (Monardes, R. & Ramírez, N., p. 114 y 115)

De lo anterior se desprende que, si bien los tratados pueden no definir expresamente el alcance de la Cláusula Paraguas, de esta se infiere que el Estado debe cumplir las obligaciones pactadas relacionadas con la inversión, lo cual incluiría los contratos de inversión extranjera. Así las cosas, resulta probable que una disputa por incumplimiento contractual por parte del Estado a un inversionista pueda dirimirse por un tribunal arbitral establecido en virtud de un AII, en tanto que el objeto de la controversia sea catalogado como inversión por el mismo tratado, y este incumplimiento pueda ser calificado como violatorio del acuerdo de inversión.

De esta manera, cualquier comportamiento atribuible al Estado (Vgr. la modificación del ordenamiento jurídico, emisión de actos administrativos o decisiones estatales) que afecte un contrato suscrito con un particular, que sea considerado como inversión según el AII y protegido como tal por una Cláusula Paraguas del mismo tratado, puede llevar a la violación de la Cláusula de Prohibición de Expropiación del acuerdo, y derivar de este modo en responsabilidad internacional para el Estado.

## 2. Cláusula de expropiación:

Los AII contienen dentro de sus cláusulas principales la de Expropiación, la cual puede ser catalogada en: directa e indirecta.

“La expropiación directa e indirecta son figuras diferentes. La transferencia del título es un criterio decisivo para distinguir la una de la otra y solo la expropiación directa puede ser legal o ilegal, mientras que la indirecta es considerada ilegal” (*SAUR c. Argentina*, párr 59).

a. Expropiación directa:

En los términos de la ONU, las expropiaciones directas “involve the transfer of title and/or outright physical seizure of the property.” (UNCTAD, 2012, p.6)

Siguiendo esta línea de pensamiento en *Marvin Feldman c. México* el tribunal define la expropiación directa de la siguiente manera: “*las autoridades gubernamentales toman el control de una mina o una fábrica, privando al inversionista de todos los beneficios significativos de propiedad y control*” (párr. 100).

Esta interpretación de lo que es una expropiación directa se refleja en la redacción de los AII, a manera de ejemplo, en el Anexo 10-C del CAFTA se define la expropiación directa en los siguientes términos: “*en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio*”.

Cuando los AII hacen alusión a una nacionalización, usualmente se refieren a tomas masivas o en gran escala de propiedad privada en todos los sectores económicos o en una industria o sector específico, mientras que cuando hablan de expropiaciones, estas son generalmente entendidas como tomas específicas de propiedad o empresa donde los derechos de propiedad permanecen en el Estado o son transferidos por el Estado a otros operadores económicos. Ahora bien, tanto las nacionalizaciones como las expropiaciones si son directas implican la transferencia de título y/o



incautación física completa de la propiedad, según se indicó anteriormente.  
(UNCTAD, 2012, pp. 5-6)

b. Expropiación indirecta:

Según la definición de la ONU, algunas medidas tomadas por el Estado también pueden ser equivalentes a que “they permanently destroy the economic value of the investment or deprive the owner of its ability to manage, use or control its property in a meaningful way. These measures are categorized as indirect expropriations.”<sup>2</sup> (UNCTAD, 2012, p. 6) Según sean el tipo de medidas tomadas la expropiación puede ser *de iure* o *de facto*.

Siguiendo esta línea de pensamiento, en el laudo *Continental c. Argentina* se define la expropiación indirecta como:

Limitaciones y obstáculos al goce de la propiedad no consistentes en supresión o privación directa, que afecten a uno o más atributos clave de la propiedad, tales como administración, goce, transferibilidad, que se consideran como equivalentes a la expropiación porque afectan sustancialmente al ejercicio efectivo del derecho de propiedad. (párr. 276)

---

<sup>2</sup> Traducción sugerida “Destruyen permanentemente el valor económico de la inversión o privan al propietario de su capacidad para administrar, usar o controlar su propiedad de manera significativa. Estas medidas se categorizan como expropiaciones indirectas.”

Por otro lado, en el Anexo 10-C del CAFTA también se define la expropiación indirecta de la siguiente manera: *“en donde un acto o una serie de actos de una Parte tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.”*

En la Expropiación Indirecta el efecto del comportamiento del Estado es la privación de al menos uno de los elementos de la propiedad del inversionista, y a diferencia de la Expropiación Directa, no se da la transferencia formal del título o derecho de dominio, por lo cual usualmente el inversionista asiste a tribunales arbitrales para reclamar una indemnización que compense sus perjuicios.

Con respecto a la definición y clasificación de la Cláusula de Expropiación Indirecta se refiere Fernández (2007) de la siguiente manera:

La expropiación indirecta —también denominada de ipso— viene caracterizada por la inexistencia de una transmisión formal del título de propiedad en favor del Estado, pero que tiene el mismo efecto que una expropiación directa al privar sustancialmente al inversor de los beneficios de su inversión. A su vez, y aunque teniendo en mente que toda categorización absoluta en este ámbito es imposible, dados los supuestos tan diferentes que pueden plantearse, dentro de este tipo de expropiación se distinguen dos clases o tipos diferentes de medidas que tienen un efecto equivalente y que, en algunos casos, pueden darse conjuntamente:

a) La expropiación progresiva —creeping expropriation—. Consiste en la adopción de una serie de actos o medidas por parte del Estado a lo largo del tiempo, cuyo efecto global provoca una disminución sustancial del valor de la inversión. No obstante, si son tomados individualmente, ninguno de ellos podría considerarse por sí mismo como un acto expropiatorio. Este tipo de expropiación está claramente definido en la práctica arbitral. Así, por ejemplo, en el caso *Generation Ukraine v. Ucrania*, el tribunal arbitral señaló: “... creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property”.

b) La expropiación regulatoria —regulatory expropriation—. Se produce cuando una medida gubernamental que es adoptada con base en el poder regulatorio que corresponde a todo Estado tiene tal impacto sobre el valor económico de la inversión que puede considerarse como un acto expropiatorio.

Tanto la Cláusula Paraguas como la Cláusula de Expropiación Indirecta se encuentran intrínsecamente relacionadas con la definición de inversión que se desprende del acuerdo. De este modo, los contratos inversionista-Estado pueden estar amparados bajo un AII, siempre que puedan catalogarse como inversión a la luz del mismo tratado. De igual manera, la violación de la Cláusula de Expropiación ocurriría en caso de expropiación de la inversión que se encuentra protegida por la Cláusula Paraguas. Por

tal circunstancia es de suma importancia interpretar el sentido de los diferentes apartados de este tipo de acuerdos de manera holística y no por separado (tal como se determina en el artículo 31 de la Convención de Viena).

#### F. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR HECHOS INTERNACIONALMENTE ILÍCITOS:

El principio de soberanía de los Estados, el cual fue descrito en el apartado 1 del presente capítulo, no es de aplicación ilimitada o absoluta, ya que el Estado no puede cometer determinados actos so pretexto de su soberanía en tanto estos sean reprochados internacionalmente y por lo tanto pueden derivar en atribución de la responsabilidad del Estado y su consecuente deber de reparar.

La Responsabilidad del Estado por hechos Internacionalmente Ilícitos se encuentra consagrada en la Resolución 56/83 de la ONU (en adelante Resolución de la ONU), expedida por la Asamblea General. Los artículos 1 y 31 de la Resolución de la ONU fundamentan la Responsabilidad Internacional del Estado cuando se configura un Hecho Internacionalmente Ilícito. El artículo 1 establece esta responsabilidad del Estado como un principio general, y el artículo 31 establece que el Estado tiene el deber de reparar íntegramente el perjuicio (material o moral) causado cuando se configura un hecho internacionalmente ilícito.

En los términos del artículo 2 de la Resolución de la ONU, se configura un Hecho Internacionalmente Ilícito siempre y cuando se cumpla con los siguientes criterios:

1. Hay un comportamiento consistente en:
  - a. Una acción

b. Una omisión

2. Atribuible al Estado según el derecho internacional
3. Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Así mismo, el Capítulo II de la Resolución de la ONU define y delimita los comportamientos que se pueden atribuir al Estado dentro de los cuales se encuentran:

1. Comportamiento de los órganos del Estado
2. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público
3. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado
4. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones
5. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado
6. Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales
7. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole
8. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.

De igual modo, la Resolución de la ONU en su artículo 13 define qué se considera violación de una obligación internacional del Estado:

*“Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación.”*

La Resolución de la ONU también establece de manera taxativa en su Capítulo V cuáles circunstancias excluyen la ilicitud del comportamiento del Estado:

1. Consentimiento
2. Legítima defensa

3. Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito
4. Fuerza Mayor
5. Peligro Extremo
6. Estado de necesidad
7. Cumplimiento de normas imperativas

También define que la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud se entenderá sin perjuicio de:

*“a) El cumplimiento de la obligación de que se trate, en el caso y en la medida en que la circunstancia que excluye la ilicitud haya dejado de existir;*

*b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión.”*

Para que se haga efectivo el deber de reparar del Estado respecto al perjuicio causado con el hecho internacionalmente ilícito, la Resolución de la ONU establece de igual manera las formas de reparación del perjuicio (Segunda Parte: Capítulo II), las cuales son:

1. Restitución
2. Indemnización
3. Satisfacción

También dispone que en la determinación de la reparación del perjuicio debe tenerse en cuenta “la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación”.

En este punto cabe aclarar que los laudos emitidos por los tribunales arbitrales CIADI y CNUDMI tienen vocación de ejecución en tanto que: a) el Convenio CIADI en sus artículos 53 y 54 dispone que:

Sección 6. Reconocimiento y ejecución del laudo.

Artículo 53 (1) El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio.

(2) A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52.

Artículo 54 (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este

efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General.

La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Es decir que las sentencias emitidas por el CIADI se equiparan a sentencias emitidas por un tribunal nacional y serán ejecutadas del mismo modo.

Y b) el Convenio CNUDMI en su artículo 34 estipula que:

Forma y efectos del laudo. Artículo 34

(...) 2. Todos los laudos se dictarán por escrito y serán definitivos y obligatorios para las partes. Las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora.

La CNUDMI basa la ejecución de sus laudos en lo estipulado en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual establece que:

Artículo III.

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más



rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Es decir, que también los laudos emitidos por la CNUDMI serán ejecutados conforme al procedimiento del territorio donde se invoca el laudo.

Es decir que la ejecución de este tipo de laudos se supedita a los procedimientos establecidos por los mismos Estados. Vgr. en el caso colombiano se encuentra consagrado en la Ley 1563 de 2012 “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”, el reconocimiento y ejecución de este tipo de laudos, de la siguiente manera:

#### CAPÍTULO IX RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Artículo 111. Reconocimiento y ejecución. Los laudos arbitrales se reconocerán y ejecutarán así:

1. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya proferido, será ejecutable ante la autoridad judicial competente, a solicitud de parte interesada.
2. La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia de él. Si el laudo no estuviere redactado en idioma español, la autoridad judicial competente podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a este idioma.
3. Los laudos dictados en arbitrajes internacionales cuya sede sea Colombia se considerarán laudos nacionales y, por ende, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados directamente sin necesidad de este, salvo cuando se haya renunciado al recurso de anulación, caso en el cual será necesario su reconocimiento.

4. Para la ejecución de laudos extranjeros, esto es de aquellos proferidos por un tribunal arbitral cuya sede se encuentre fuera de Colombia, será necesario su reconocimiento previo por la autoridad judicial competente.

Teniendo en cuenta lo estudiado en el presente acápite, es posible concluir que de generarse una acción u omisión por parte del Estado receptor de la inversión, que se configure como uno de los comportamientos establecidos en el capítulo II de la Resolución de la ONU como atribuibles al Estado, la cual constituya la violación de una obligación internacional del Estado, como por ejemplo, la violación de un tratado internacional, se configura la responsabilidad internacional del estado, y por ende nace la obligación de reparar íntegramente prevista en el artículo 31 de la Resolución de la ONU, a través de las formas de reparación establecidas por la misma Resolución. Lo anterior sin perjuicio de la aplicación de las circunstancias que excluyen la ilicitud.

---

## II. DE LA VULNERACIÓN DE UN CONTRATO DE INVERSIÓN A LA VIOLACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL: ESTUDIO DE LOS CRITERIOS.

Luego de precisar los conceptos vistos en el capítulo anterior, en el presente capítulo se estudiarán las decisiones arbitrales emitidas con relación a los criterios que configuran la vulneración de un contrato de inversión como violación de un Acuerdo Internacional de Inversiones.

A. NATURALEZA DE LA DISPUTA: DEFINICIÓN DEL FORO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

En este tipo de disputas se debe determinar si el quid de la controversia es la violación de un acuerdo internacional, o si se trata simplemente de un incumplimiento del contrato, puesto que según sea la naturaleza o esencia de las reclamaciones la elección del foro que solucionará el conflicto será diferente. De tratarse de reclamaciones contractuales la elección del foro será la realizada por las partes en el contrato, mientras que si las reclamaciones derivan de la violación de un tratado la elección del foro será según lo dispuesto en el mismo instrumento.

Al respecto dicen Cremades y Madelena (2008):

Las controversias que puedan surgir en relación con un contrato entre el inversor y las entidades del Estado receptor podrán desencadenar: (i) reclamaciones contractuales, al amparo de la cláusula de jurisdicción prevista en el contrato, o (ii) reclamaciones derivadas del TBI aplicable, conforme al mecanismo de solución de controversias previsto en el tratado, normalmente mediante arbitraje internacional administrado por el Ciadi [sic]. La jurisdicción final para la resolución de la controversia dependerá de la elección que efectúe el inversor, es decir, si el incumplimiento alegado se refiere a una obligación del Estado establecida en el tratado o exclusivamente en el contrato.

En el caso *Waste Management c. México* el tribunal señala que el incumplimiento del contrato no es lo mismo que la expropiación de un derecho contractual, y los incumplimientos contractuales de un Estado parte o de uno de sus organismos normalmente no constituirían expropiación. Que uno o varios de dichos

incumplimientos puedan considerarse medidas equivalentes a una expropiación dependerá de si el Estado o un organismo suyo ha incumplido el contrato en el ejercicio de su autoridad soberana, o como parte en un contrato. El Tribunal evaluará los fundamentos esgrimidos por la demandante para justificar su reclamación por expropiación desde la perspectiva de posibles incumplimientos del TBI y de si denotan el ejercicio de funciones específicas de un soberano. (*Waste Management c. México (II)*, 2004, , párr 314 - 315)

Cuando las reclamaciones deriven de violaciones a un Acuerdo de Inversión el foro que dirimirá el conflicto será el definido en el tratado por los Estados signatarios, quienes generalmente pactan que sea resuelto por un tribunal arbitral.

Se puede decir que las pretensiones del inversionista derivan de la violación de un tratado de inversión cuando el tratado (i) establece una definición de “inversión” amplia que abarque las obligaciones contractuales Estado-inversionista, o (ii) contiene una cláusula paraguas en virtud de la cual el Estado se compromete a cumplir las obligaciones contractuales que haya asumido respecto de las inversiones de extranjeros del otro país Parte del tratado.

Puesto que en la elección del tipo de reclamaciones a realizarse - contractuales o derivadas del tratado - puede surgir un aparente conflicto, resulta fundamental evitar procedimientos paralelos en distintos foros respecto a las mismas pretensiones.

Existen varios métodos que permiten paliar el riesgo de duplicación de procedimientos, los cuales son señalados por Cremades y Madelena (2008):

- La jurisdicción del tribunal arbitral, configurada por el propio TBI -y por el Convenio de Washington, en lo arbitrajes del CIADI-

- El requisito tradicional de agotamiento de los recursos judiciales y administrativos del Estado receptor, como exigencia previa de toda acción frente al Estado en un foro internacional.
- Establecimiento de una *Fork in the Road Clause* (o “cláusula de bifurcación en el camino”), que le confiere al inversionista dos vías de recurso excluyentes entre sí: acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado receptor o acudir al procedimiento arbitral previsto en el tratado.
- Los TBI establecen en ocasiones que el inversionista debe renunciar a formular reclamaciones ante cualquier otra jurisdicción como condición previa a la sustanciación del procedimiento arbitral internacional previsto en el tratado.

Un ejemplo válido sobre la aplicación de estos métodos que evitan la duplicación de procedimientos se puede encontrar en el TLC Colombia- EEUU, en el cual se establece una cláusula Fork in the Road, en los siguientes términos:

“2. Ninguna reclamación puede someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

1. (a) el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Acuerdo; y
2. (b) la notificación de arbitraje esté acompañada,
  1. (i) de la renuncia por escrito del demandante a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(a); y

2. (ii) de las renunciaciones por escrito del demandante y de la empresa a las reclamaciones sometidas a arbitraje en virtud del Artículo 10.16.1(b).

de cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16.”

Sin embargo, con relación a la cláusula de excepción de tributación – la cual se estudiará más adelante-, el mismo TLC Colombia- EEUU establece el agotamiento de un proceso previo en el cual se involucran el Estado receptor de la inversión y el Estado del inversionista, cuando se trate de pretensiones relacionadas con una expropiación derivada de medidas tributarias, con la intención de que pueda dirimirse la controversia sin necesidad de llegar a instancias de un tribunal arbitral.

A manera de conclusión, la elección del foro de solución de controversias se deriva de la esencia de las reclamaciones; así, en el caso de que estas sean de carácter meramente contractual se resolverán según lo dispuesto en el contrato, y si estas se derivan de la violación de un AII serán dirimidas según la jurisdicción definida en el mismo acuerdo. Sin embargo, es posible que debido a un error en la interpretación de la naturaleza de las reclamaciones o incluso de manera intencionada, la resolución de este tipo de controversias se vean duplicadas en distintos foros. Por lo anterior resultan convenientes los métodos que evitan la duplicación de procedimientos expuestos por Cremades y Madelena.

## B. ALCANCE DE LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN:

El primer punto importante para determinar si con la afectación del contrato se viola el AII, es definir si existe una inversión efectiva por parte del inversionista.

Según la UNCTAD:

Los instrumentos concebidos principalmente para la protección de la inversión extranjera contienen por lo general definiciones de inversión amplias e incluyentes, que abarcan no solo las aportaciones transfronterizas de capital (o de recursos) para la creación de una empresa o la adquisición de control sobre una empresa existente, sino también la mayor parte de los demás activos de la empresa o del inversor, como diversos tipos de propiedad y derechos de propiedad, inversiones no accionariales, incluidas varias modalidades de préstamos y de transacciones de cartera, y otros derechos contractuales, incluidos en ocasiones los derechos dimanantes de actuaciones administrativas del Estado receptor (licencias, permisos, etc.). Ese tipo de definición es muy habitual en los TBI. (UNCTAD, 2011, p. 20)

Cuando un AII contiene una Cláusula Paraguas, esta incluye en el tratado la obligación del Estado de cumplir las obligaciones pactadas con los inversionistas extranjeros que estén cubiertos por ese instrumento. Es decir que el tratado pasa a cubrir las obligaciones provenientes de los contratos que tenga el Estado con estos inversionistas, siempre que el contrato pueda ser calificado como inversión en los términos planteados por el mismo acuerdo.

Al respecto asevera Mereminskaya (2009):

Para que una demanda de un inversionista extranjero sobre un supuesto incumplimiento contractual por parte del Estado receptor pudiera ser conocida por un tribunal arbitral, establecido en virtud de un tratado internacional de protección de inversión extranjera, la relación objeto de la controversia debe calificarse como inversión. Los tratados bilaterales de inversión -TBI- usualmente definen ese concepto en términos amplios: abarca los derechos contractuales o demandas monetarias. (pp. 15-16).

Definición de inversión:

La concepción de lo que constituye inversión extranjera a la luz del acuerdo se encuentra incorporado en el mismo texto del tratado, el cual será interpretará caso por caso por los tribunales arbitrales cuando surja una controversia de inversión. (UNCTAD, 2011)

La definición de inversión puede ser:

a) Definición amplia o de lista abierta:

La mayoría de los AII favorecen una definición amplia basada en los activos (se refieren a todo tipo de activos o cualquier clase de activos), que incluyen no solo los activos físicos, la equidad y las decisiones en acción, sino también los derechos de propiedad intelectual y las concesiones contractuales (Sauvant, 2009). Vgr. El TLC Colombia- Estados Unidos tiene una definición amplia de inversión con una lista no taxativa.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> En el TLC Colombia- EEUU:



b) Una “lista cerrada”:

Para definir la inversión no utiliza un encabezamiento conceptual ("*cualquier tipo de activo...*"), sino una lista larga pero limitada de activos tangibles e intangibles que debe cubrir el acuerdo unida a la exclusión explícita de determinadas transacciones de carácter exclusivamente comercial, como contratos de compraventa y acuerdos de préstamo de carácter meramente financiero que no entrañan riesgo. Este enfoque contiene una definición basada en la empresa. El método de la "lista cerrada" puede utilizarse para circunscribir el alcance de una definición basada en los activos o de una definición basada en la empresa. (Sauvant, 2009; UNCTAD, 2011)

Vgr. El TLC Colombia-Canadá contiene una definición de inversión de lista cerrada, la cual señala qué es y qué no es inversión a la luz del acuerdo.<sup>4</sup>

---

“**inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

(a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos; (d) futuros, opciones y otros derivados; (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares; (f) derechos de propiedad intelectual; (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;”

<sup>4</sup> En el TLC Colombia- Canadá:

“**inversión significa:**

(a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda de una empresa, pero no incluye instrumentos de deuda de una empresa del estado; (d) un préstamo a una empresa, pero no incluye un préstamo a una empresa del estado; (e) un interés en una empresa que otorgue el derecho a su poseedor a participar en los ingresos o en las ganancias de la empresa; (f) un interés en una empresa que otorgue el derecho a su poseedor a participar en los activos de esa empresa si fuere objeto de disolución; (g) intereses emanados de compromisos de capital o de otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en dicho territorio, como los derivados de: (i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de la Parte, incluyendo contratos de construcción o de llave en mano, o concesiones, o (ii) contratos donde la remuneración dependa sustancialmente de la producción, rentas o ganancias de una empresa; (h) derechos de propiedad intelectual; (i) cualquier otro derecho de propiedad tangible o intangible, sobre bienes muebles o inmuebles, y otros derechos de propiedad relacionados adquiridos con la expectativa o con el propósito de ser usados para beneficio económico u otros propósitos de negocios;

**pero inversión no significa:**

1. Test Salini (*Salini c. Marruecos*):

Ahora bien, para determinar la existencia de una inversión cuando el TBI no trae una definición expresa generalmente se ha acogido el Test Salini, proveniente del caso *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, en el cual surge la controversia entre los reclamantes Salini S.p.A. (italiano) e Italstrade S.p.A. (italiano) contra el Reino de Marruecos debido a la falta de pago del precio del contrato al demandante en relación con un contrato de contratación pública para la construcción de una carretera (la inversión), que se había adjudicado al inversionista a través de una licitación. En esta reclamación el instrumento invocado es el BIT Italia – Marruecos de 1990, y el resultado del procedimiento es la liquidación acordada por las partes y procedimiento discontinuado a solicitud de las mismas.

En este caso se presentaron los siguientes hechos:

La Société Nationale des Autoroutes du Maroc (en lo sucesivo, "ADM"), sociedad marroquí, constituida en 1989 como sociedad de responsabilidad limitada, construye, mantiene y explota carreteras y diversas obras viales, de conformidad con el Acuerdo de concesión celebrado por esta con el Ministro de Infraestructura y Entrenamiento Ejecutivo de Marruecos, actuando en nombre del Estado.

En agosto de 1994, en el contexto de este Acuerdo, ADM emitió una licitación internacional para la construcción de una carretera que une Rabat con Fez.

---

*(j) las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: (i) contratos comerciales para la venta de mercancías o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a un nacional o a una empresa en el territorio de la otra Parte, o (ii) el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial, como el financiamiento de comercio, diferente a un préstamo previsto en el subpárrafo (d); o (k) cualquier otra reclamación pecuniaria, que no involucre los tipos de intereses previstos en los subpárrafos (a) al (i);”*

Las empresas italianas Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. presentaron una licitación conjunta para la construcción. Las negociaciones que siguieron a la adjudicación de la sección No.2 dieron como resultado la firma del Contrato 53/95 el 17 de octubre de 1995. Una toma de control provisional del trabajo tuvo lugar el 31 de julio de 1998.

Los trabajos se completaron el 14 de octubre de 1998. Por lo tanto, los trabajos tardaron 36 meses en completarse, 4 meses más de lo estipulado en el contrato (32 meses).

La toma de posesión final tuvo lugar el 26 de octubre de 1999.

ADM envió un borrador de la cuenta final a las empresas italianas. Lo firmaron el 26 de marzo de 1999 (con reservas).

El 29 de abril de 1999, las empresas italianas enviaron al Director de ADM un memorándum explicando los motivos de las reservas presentadas: reservas técnicas, condiciones climáticas excepcionales, agitación del proyecto, modificaciones relativas a las dimensiones del trabajo, extensión de los plazos contractuales, financiación cargas, fluctuaciones imprevisibles del valor de la moneda.

El 14 de septiembre de 1999, tras el rechazo de todas sus reclamaciones por parte del Director de ADM, las empresas italianas enviaron un memorándum relativo a la cuenta final al Ministro de Infraestructura, de conformidad con el Artículo 51 del Cahier des Clauses Administratives Generales [Libro de las cláusulas administrativas generales]. Sin embargo, no se recibió respuesta del Ministro de Infraestructura ni de ADM.

En este caso, la disputa procede por reclamaciones derivadas de la falta de pago del precio de un contrato para la construcción de una carretera adjudicado al inversor a través de una licitación.

La disputa surge en tanto que el artículo 25 del CIADI no tiene una definición de lo que implica una inversión. Por esta razón entre las objeciones a la jurisdicción del tribunal, se argumenta que los contratos de construcción no calificaban como inversiones en el contexto de la Convención.

El Tribunal consideró los criterios generalmente identificados por los comentaristas de la Convención, e indicó que eran:

1. Existencia de una contribución económica,
2. Cierta tiempo de duración
3. Participación en los riesgos.
4. La operación debe contribuir al desarrollo del Estado receptor (tal y como lo dispone el preámbulo de la Convención).

El Tribunal encontró que los contratos de construcción satisfacían esos criterios. En razón a lo anterior, el Tribunal declara que tiene jurisdicción sobre las reclamaciones de las empresas italianas, tal como están formuladas, pero especifica que no tiene jurisdicción sobre las meras violaciones del contrato celebrado entre las empresas italianas y ADM porque no constituyen simultáneamente una violación de las obligaciones del Tratado Bilateral de Inversión.

El Test Salini ha sido comúnmente usado para determinar la existencia de una inversión una vez verificadas las características que este propone. Sin embargo es menester mencionar que también ha sido sumamente controvertido, sobre todo en lo referente al cuarto requisito establecido respecto a la contribución del desarrollo del Estado -el cual se deriva del preámbulo de la Convención del CIADI en virtud de la interpretación completa que debe realizarse del tratado establecida por el artículo 31 de la Convención

de Viena- ya que puede ser entendido no como una condición de la inversión sino como una consecuencia de la misma.<sup>5</sup>

C. CLÁUSULA PARAGUAS: Aplicación condicionada a la existencia de un vínculo contractual.

La cláusula paraguas protege las inversiones realizadas en el marco del acuerdo, sin embargo es necesario resaltar que para que esta opere se requiere que exista un “vínculo legal contractual” entre el inversionista y el Estado.

Al respecto, la posición de los comentaristas y redactores sobre la disposición de la cláusula paraguas en el borrador del Convenio de la OCDE era que, si bien la cláusula probablemente cubriría obligaciones internacionales, su enfoque eran obligaciones contractuales aceptadas por el estado anfitrión con respecto a la propiedad extranjera. (Yannaca-Small, 2006, p. 7)

Del mismo modo, Schreuer afirma que:

“umbrella clauses have been added to some BITs to provide additional protection to investors beyond the traditional international standards. They are

---

<sup>5</sup> El test Salini es comúnmente usado para definir la jurisdicción del CIADI, en tanto que el artículo 25 del Convenio CIADI no trae una definición de inversión. En el caso Romak c. Uzbekistan frente a la CNUDMI, Uzbekistán se basó en la "prueba de Salini" que los tribunales del CIADI utilizaron a veces como una herramienta analítica para determinar la misma cuestión jurisdiccional que se presentó en la presente disputa (es decir, si existe una inversión sujeta a la protección del TBI). En respuesta, Romak alegó que los criterios de Salini eran "inaplicables e irrelevantes" para los procedimientos de la CNUDMI, dado su desarrollo dentro del sistema del CIADI. El tribunal no estuvo de acuerdo con la afirmación de Romak de que "la definición de 'inversión' en los procedimientos de la CNUDMI (es decir, solo en virtud del TBI) es más amplia que en el Arbitraje del CIADI". Según el tribunal, la sugerencia de Romak llevaría a resultados no razonables al reducir o ampliar el las protecciones sustantivas permitidas a un inversionista bajo un TBI dependiendo de la elección del inversionista de los diversos mecanismos de solución de controversias. De acuerdo con este razonamiento, el tribunal sostuvo que no hay ninguna base para suponer que el término "inversión" tenga un significado diferente en el Convenio del CIADI que el que tiene en relación con el TBI Suiza-Uzbekistán. Por lo tanto, el tribunal observó que "el término" inversiones "en virtud del TBI entre Suiza y Uzbekistán tiene un significado inherente ... que implica una contribución que se extiende durante un cierto período de tiempo y que implica cierto riesgo". (IISD, 2010) Es decir que el test salini es aplicado tanto en el sistema CIADI como en la CNUDMI, sin embargo en este último no aplicaría el cuarto criterio de "la contribución al desarrollo del Estado receptor", en tanto que el mismo es derivado del preámbulo de la Convención del CIADI y solo aplicaría en esta jurisdicción.

often referred to as ‘umbrella clauses’ because they put contractual commitments under the BIT’s protective umbrella. They add the compliance with investment contracts, or other undertakings of the host State, to the BIT’s substantive standards. In this way, a violation of such a contract becomes a violation of the BIT”.<sup>6</sup> (Yanaka-Small, 2006, p.8)

En el mismo sentido se pronuncian Dolzer y Stevens, al declarar que:

“these provisions seek to ensure that each Party to the treaty will respect specific undertakings towards nationals of the other Party. The provision is of particular importance because it protects the investor’s contractual rights against any interference which might be caused by either a simple breach of contract or by administrative or legislative acts and because it is not entirely clear under general international law whether such measures constitute breaches of an international obligation”.<sup>7</sup> (Yanaka-Small, 2006, p.8)

De igual manera se pronunció el Tribunal en el caso *Burlington c. Ecuador*, al determinar que la aplicación de la Cláusula Paraguas se encuentra condicionada a la existencia de un vínculo contractual entre el inversionista y el Estado.

En este caso el instrumento aplicable es el TBI Ecuador - Estados Unidos de América (1993). Las partes de la controversia son Burlington Resources Inc. contra la República de Ecuador. La inversión por la que surge la disputa son los derechos bajo contratos de

---

<sup>6</sup> Traducción sugerida: "se han agregado cláusulas paraguas a algunos TBI para brindar protección adicional a los inversionistas más allá de los estándares internacionales tradicionales. A menudo se los denomina 'cláusulas paraguas' porque ponen compromisos contractuales bajo el paraguas protector del TBI. Agregan el cumplimiento de los contratos de inversión u otros compromisos del Estado anfitrión a los estándares sustantivos del TBI. De esta manera, una violación de dicho contrato se convierte en una violación del TBI "

<sup>7</sup> Traducción sugerida: "estas disposiciones buscan asegurar que cada Parte en el tratado respetará compromisos específicos con los nacionales de la otra Parte. La disposición es de particular importancia porque protege los derechos contractuales del inversionista contra cualquier interferencia que pueda ser causada ya sea por un simple incumplimiento de contrato o por actos administrativos o legislativos y porque no es completamente claro bajo el derecho internacional general si tales medidas constituyen violaciones de una obligación internacional ".

producción compartida para la exploración de los Bloques 7 y 21 (las áreas de exploración asignadas), celebrados entre una subsidiaria de Burlington (Burlington Oriente) y Ecuador.

Las reclamaciones derivan de la promulgación por Ecuador de una ley que impone un gravamen inesperado del 99 por ciento sobre los ingresos petroleros extranjeros con respecto a los "excedentes no acordados o imprevistos de los precios de venta del petróleo" como resultado de un aumento del precio del petróleo a partir de 2002.

El reclamante intentó, sin éxito, hacer uso de sus derechos bajo los Contratos de Producción Compartida para contrarrestar los efectos de la legislación, sin embargo las dos áreas de exploración petrolera afectadas por la legislación fueron incautadas por Ecuador después de que el reclamante dejó de pagar las sumas en disputa.

Las pretensiones del inversionista derivan de la subsiguiente decisión del Gobierno de migrar a contratos de servicios y el proceso de caducidad posterior para dar por terminados los acuerdos de intercambio de producción del inversor.

Respecto a la condición de la existencia de un contrato para aplicar la Cláusula Paraguas, el tribunal establece lo siguiente:

Burlington alega que, dado que la definición de inversión del Artículo I del Tratado contempla tanto las inversiones directas como las indirectas, es co-beneficiario de los compromisos de Ecuador en virtud de los CP [Contratos de Producción]. [Sin embargo] Si bien la definición de inversión en el Tratado es amplia, ésta no puede compensar la ausencia de un "compromiso". (Burlington c. Ecuador, párr 216 )

Como resultado, el Tribunal sostiene que Burlington no puede invocar la cláusula paraguas del Tratado para ejercer contra Ecuador los derechos contractuales de su

subsidiaria en virtud de los CP [Contratos de Producción] de los Bloques 7 y 21.  
(Burlington c. Ecuador, párr 220)

En este laudo el tribunal finalmente concluye que no tiene jurisdicción sobre el reclamo formulado bajo la cláusula paraguas ya que el contrato fue firmado entre la subsidiaria Burlington Oriente y el Estado, y para reclamar la aplicación de la Cláusula Paraguas debe existir un vínculo contractual directo entre la demandante y el Estado. Por ende, la casa matriz no signataria del contrato no podrá lograr de manera directa el ejercicio de los derechos de su subsidiaria ya que la cláusula paraguas es inoperante en ausencia de un vínculo contractual.

Acorde a este razonamiento del tribunal, la Cláusula Paraguas protegerá la inversión realizada por los inversores siempre y cuando tengan una relación contractual directa con el Estado, ya que esta se presenta al inversionista como un instrumento para elevar el incumplimiento de las obligaciones que se encuentran en el contrato al ámbito internacional, siempre que este incumplimiento vulnere el Acuerdo de Inversión, por ejemplo cuando el incumplimiento del contrato acarrea la expropiación indirecta de la inversión.

#### D. EXPROPIACIÓN INDIRECTA:

Los factores utilizados para evaluar si se ha producido una expropiación indirecta han sido estudiados por la UNCTAD, estos incluyen: evaluar el impacto de la medida tomada por el Estado en la inversión (*i*), la interferencia con las expectativas de los inversionistas (*ii*) y las características de la medida en juego (naturaleza, carácter y propósito) (*iii*).



## 1. Impacto de la medida

### **Estándar establecido: neutralización de la inversión.**

Para que se determine la existencia de una expropiación indirecta los efectos de la medida tomada por el Estado deben ser equivalentes a los causados por una expropiación indirecta.

Al respecto se pronuncia la UNCTAD diciendo que la interferencia debe ser igual o aproximarse al deterioro total y no simplemente ser significativa o sustancial, de modo que el impacto de la medida o el grado de interferencia debe ser tal que haga inútiles los derechos de propiedad. Los tribunales arbitrales han aceptado abrumadoramente esta noción general, Vgr. el tribunal en *CME v. República Checa* declaró que una privación ocurre cada vez que un Estado toma medidas "que neutralizan efectivamente el beneficio de la propiedad para el propietario extranjero" (Párr. 150). Para ser considerada expropiatoria, una medida o una serie de medidas deben tener un efecto destructivo y duradero sobre el valor económico de la inversión y su beneficio para el inversionista. (UNCTAD, 2012, pp. 63- 64)

La UNCTAD (2012) plantea para determinar la neutralización de la inversión el estudio de tres campos: 1. Disminución del valor, 2. Pérdida de control y 3. Duración de la medida.

Este proyecto admite los mismos factores que componen en sí la pérdida de de un elemento esencial de la propiedad, es decir, la disminución del valor y la pérdida de control; sin embargo, respecto al factor planteado de trascendencia de la medida nos separamos de la estructura propuesta por la UNCTAD en tanto que consideramos que

realmente la componen dos elementos, la duración de la interferencia y la gravedad de la medida – y no simplemente la duración de la medida- la cual debe causar un daño de carácter irreversible.

Así, al considerar si se ha producido una neutralización de la inversión, se estudiarán los siguientes aspectos:

(a) Pérdida de uno de los elementos esenciales de la propiedad: se refiere al uso, goce o disposición de la propiedad. El impacto de la medida sobre estos elementos se mide según ocurriera:

(i) Disminución del valor: ¿La medida resultó en una pérdida del valor económico de la inversión?, y

(ii) Pérdida de control: ¿Se ha privado al inversionista del control sobre la inversión?

(b) Trascendencia de la medida:

(i) Duración de la interferencia: ¿Los efectos de la medida son de carácter permanente?

(ii) Gravedad de la medida: ¿La medida tomada por el Estado afecta gravemente la inversión de manera irreversible?

- ***El Paso c. Argentina:***

En relación con la Cláusula que prohíbe la expropiación indirecta, el tribunal en *El Paso Energy International Company c. La República de Argentina* se pronuncia y prescribe unos requisitos para que las acciones de un Estado puedan ser consideradas como una expropiación indirecta, los cuales se explicarán en el presente acápite.

En el caso mencionado sucedieron los siguientes hechos:

El Paso es una empresa estadounidense de energía, que invirtió en Argentina a través de la adquisición de participaciones accionarias indirectas y no controlantes en 6 compañías argentinas, dos de ellas son 1. CAPSA productora de petróleo, y 2. CAPEX generadora de energía eléctrica y comercializadora de propano, butano y gasolina.

Desde 1989 el gobierno argentino inició la privatización de empresas que se encontraban en manos del Estado, entre ellas las del mercado eléctrico y de hidrocarburos, así con dicho fin y el de atraer inversión extranjera adoptó diferentes medidas como, por ejemplo, la Ley de Convertibilidad que estableció un tipo de cambio fijo entre el dólar y el peso.

El gobierno argentino en sus medidas incluyó marcos regulatorios específicos para los sectores de electricidad e hidrocarburos:

- Electricidad: a). plena libertad para acordar ventas, términos y condiciones, y precio; b). estabilidad de un precio uniforme. c). libertad de negociar los contratos de venta de energía. d) desde 1994 los generadores de energía recibían ‘pagos por capacidad’.

(p.59-73)

- Hidrocarburos: a). libertad de importación y exportación del petróleo. b). eliminación de retenciones y los derechos a la exportación. c). libertad de precios. d). libre disponibilidad de los recursos extraídos en el mercado interno y externo.

Desde diciembre de 2001, debido a la crisis económica el gobierno argentino adoptó una serie de medidas: la pesificación del dólar, la restricción al retiro de fondos y la prohibición de las remesas de divisas al extranjero, la eliminación de las cláusulas de reajuste, la eliminación del pago por capacidad, entre otras.

La Ley de Emergencia Pública fue la que más restringió y cambió todo el régimen anterior.

Teniendo en cuenta lo anterior, posteriormente, en el 2003, la demandante inició la venta de sus acciones en las empresas argentinas.

Debido a esto, la demandante reclama ante el tribunal arbitral que se le conceda la indemnización debido a la configuración de una expropiación indirecta por parte del Estado, frente a lo cual el tribunal se pronuncia de la siguiente manera:

1. Algunas normas de carácter general pueden constituir expropiación indirecta
  - a. En principio, las normas de carácter general no constituyen expropiación indirecta.
  - b. En algunos casos excepcionales, las normas de carácter general pueden constituir expropiación indirecta.
2. Es condición necesaria para la expropiación que se vea neutralizado el uso de la inversión.
  - a. Esto significa que debe haber desaparecido al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad.
  - b. La simple reducción del valor de la inversión, incluso si fuera significativa, no constituye expropiación indirecta. (*El Paso c. Argentina*, pár. 233)

Entonces, para que se considere que existe una expropiación indirecta de la inversión, según los tribunales el impacto de la medida debe neutralizar el valor de la inversión<sup>8</sup>, lo cual implica que i) debe haber desaparecido al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad, y además ii) debe haber perdido el control de la inversión.

---

<sup>8</sup> Tecmed c. México, El Paso c. Argentina.

a) ¿Qué implica la neutralización del uso de la inversión?:

Sobre el Proyecto de Convenio de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros: la Facultad de Derecho de Harvard elaboró un proyecto de convención sobre "Responsabilidad de los Estados por los daños causados en su territorio a la persona o la propiedad de los extranjeros" en 1929. (...) Este borrador cuya preparación fue encomendada al profesor Borchard, cubrió los mismos problemas que el Instituto de Derecho Internacional.

En 1956, por sugerencia del Secretario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la Facultad de Derecho de Harvard decidió revisar el proyecto de convención y actualizarlo, confiando esa tarea a los profesores Sohn y Baxter. El texto final del "Proyecto de Convención sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Lesiones a los Extranjeros", junto con un comentario, se publicó en 1961. Este texto es mucho más que una simple revisión y actualización del texto de 1929: Constituye un borrador totalmente nuevo.”” (Ago, R., 1969, párr. 11-12 )

El *Proyecto de Convenio sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros de Harvard*, establece que la expropiación puede incluir cualquier “interferencia irrazonable con el uso, goce o disposición de la propiedad que permita inferir que el titular de dicha propiedad no podrá utilizar, gozar o disponer de la misma dentro de un período razonable de tiempo luego de dicha interferencia”. (Sohn y Baxter, 1961, art. 10.3 lit.a)

Para determinar la existencia de una expropiación indirecta en primer lugar debe realizarse la verificación del impacto de la medida, que según se ha determinado debe corresponder a la neutralización de la inversión. El estándar empleado en este proyecto para comprobar esa neutralización, implicaría entonces analizar dos factores: 1. La

pérdida de uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad (Interferencia al uso, goce o disposición de la propiedad): (i) la disminución del valor de la inversión, aunado a (ii) la pérdida de control de la inversión; y 2. La trascendencia de la medida: la cual se divide en dos aspectos: (i) duración de la interferencia y (ii) gravedad de la medida.

De esta manera para que se configure una expropiación indirecta el impacto de la medida debe causar una pérdida de valor económico junto con el control de la inversión, tan grave que torne en inútil la propiedad del inversionista sobre esta inversión, cuyos efectos tengan un carácter permanente e irreparable.

(1) Pérdida de al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad:

(a) Disminución del valor:

Se configura una expropiación indirecta solamente si “el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido”. (*TECMED c. México*, párr. 116)

Los tribunales arbitrales han establecido que la destrucción del valor económico de la inversión debe ser total o casi total, de manera que la interferencia y sus efectos sean equiparables a los de una expropiación directa sobre esa inversión. De este modo se diferencia entre una privación parcial del valor de la inversión – que no representa una expropiación- y una privación de valor completa o casi completa -que implicaría una

expropiación-.<sup>9</sup> Siguiendo este enfoque el tribunal en *Sempra c. Argentina*, expresó que el valor de la inversión debe haber sido "virtualmente aniquilado" .

En el caso *Glamis Gold c. Estados Unidos* el inversionista reclama que se expropiaron sus derechos de extracción de oro en el sureste de California , debido a la promulgación de medidas para proteger las tierras de los nativos americanos. El tribunal concluyó que después de las medidas, el proyecto retuvo un valor en exceso de \$ 20 millones (el proyecto tenía un valor de \$ 49.1 millones antes de la supuesta expropiación) por lo que determina que no se causó un impacto económico suficiente para que se efectuara una expropiación de la inversión.

De este modo, para que se produzca la violación de la Cláusula de Expropiación Indirecta, los diferentes tribunales han coincidido en que se requiere que se neutralice al menos uno de los elementos de la propiedad, es decir que se prive al inversionista de su uso, goce o disposición, sin embargo, es necesario además, que los beneficios del inversionista se vean reducidos de manera tan drástica que se considere inútil la titularidad sobre su inversión, es decir que el examen de este requisito no es suficiente para determinar la configuración de una expropiación indirecta, sino que está directamente coligado a la gravedad del impacto de la medida.

(b) Pérdida de control sobre la inversión:

Otra forma de interferir con alguno de los elementos de la propiedad del inversionista es la pérdida de control sobre una empresa o subsidiaria, independientemente de la pérdida en valor. La razón es que el inversionista podría quedar impedido de obtener

---

<sup>9</sup> Pope & Talbot c. Canadá , Vivendi c. Argentina II, Total c. Argentina, LG&E c. Argentina

los beneficios económicos asociados a su inversión (dependiendo del tipo de pérdida de control). (Faya Rodríguez, 2013, p. 228)

La UNCTAD alude a este elemento de pérdida de control del siguiente modo:

Puede configurarse una expropiación indirecta cuando se da una pérdida de control que impide que el inversionista utilice o disponga de su inversión. Un inversionista puede perder el control de la inversión al perder los derechos de propiedad o administración. Este factor es particularmente relevante en situaciones donde la inversión es una compañía o una participación en una compañía. El tribunal señaló en *Sempra c. Argentina* que "un hallazgo de expropiación indirecta requeriría ... que el inversionista ya no tenga el control de su operación comercial, o que el valor del negocio haya sido prácticamente aniquilado" .

En varios casos la usurpación de la administración por parte de un Estado, o la sustitución por parte de un Estado de la administración del inversionista extranjero con la suya propia, se han entendido como una expropiación, lo mismo que la expulsión del Estado anfitrión de los funcionarios clave de una empresa también puede considerarse como un acto de expropiación que lleva a la pérdida de control sobre la inversión. Vgr. en el caso *Biloune v. Ghana*, la expulsión del Sr. Biloune, quien desempeñó un papel fundamental en la promoción, financiación y gestión de una empresa dedicada a un proyecto de restaurante/resort, impidió que la empresa continuara con el proyecto. El tribunal vio este acto como la culminación de una expropiación progresiva. (UNCTAD, 2012, p. 68)

En *Middle East Cement contra Egipto*, la filial egipcia de la empresa griega se dedicaba también a la importación y almacenamiento de cemento en Egipto, teniendo



autorización estatal para operar, sin embargo, en 1989 la autoridad egipcia prohibió la importación de cemento, lo que motivó que la filial pierda todo uso y beneficio de la licencia otorgada, pues a pesar de tenerla estaba impedida de comercializar e importar cemento. Esta situación también fue considerada como una expropiación indirecta de los derechos derivados de la licencia (Velásquez Meléndez, 2013, p. 244)

El Tribunal de El Paso aclara en este punto que “si bien se hace referencia a la privación de los beneficios de la inversión, la fórmula aplicada por el tribunal del caso Middle East Cement se refiere más exactamente a “la privación del uso y los beneficios”. La pérdida de beneficios se produce como resultado de la imposibilidad de utilizar la inversión –equivalente a la pérdida de control sobre la inversión– y no una expropiación per se.”

En *Pope & Talbot*, el demandado alegó que la “mera interferencia no constituye expropiación; por el contrario, debe existir un nivel significativo de privación de los derechos fundamentales de propiedad”. Existe amplio consenso en el sentido de que un elemento determinante en la expropiación indirecta es la “pérdida de control” sobre la inversión extranjera, a falta de apropiación física. y el tribunal aceptó esta interpretación al concluir que “el test radica en determinar si la interferencia es lo suficientemente restrictiva como para avalar la conclusión de que el titular ha sido privado de su propiedad”. (*El Paso c. Argentina*, párr 245-246)

El tribunal de *Pope & Talbot c. Canadá* compiló una lista de ejemplos de interferencia indebida en el control de una empresa: interferencia en las operaciones diarias de la inversión, detención de empleados u oficiales de la inversión o supervisión de su trabajo , tomando el producto de las ventas de la compañía, la interferencia con la

administración o las actividades de los accionistas, impidiendo que la compañía pague dividendos a sus accionistas e interfiera con el nombramiento de directores o la administración de la compañía. Esta lista sin embargo no es de carácter taxativo, y el tribunal debe determinar si la conducta del Estado genera efectivamente la pérdida del control sobre la inversión,

Varios tribunales arbitrales han estimado que aunque la inversión sufra una disminución significativa en su valor, no se configura la expropiación si el inversionista retuvo la propiedad y el control de su participación en una empresa, o si el inversionista tenía aun el control sobre sus subsidiarias y siguió siendo capaz de operar.<sup>10</sup>

Los tribunales han señalado que si las medidas no interfieren con el control sobre la propiedad, no puede existir expropiación<sup>11</sup>.

En el laudo *Continental c. Argentina*, se determinó que la expropiación indirecta constituye:

limitaciones y obstáculos al goce de la propiedad no consistentes en supresión o privación directa, que afecten a uno o más atributos clave de la propiedad, tales como administración, goce, transferibilidad, que se consideran como equivalentes a la expropiación porque afectan sustancialmente al ejercicio efectivo del derecho de propiedad.

En el caso de *Waste Management v. México*, que involucró incumplimientos de obligaciones contractuales por parte de la ciudad de Acapulco, el tribunal analizó si estos incumplimientos dieron lugar a la expropiación de la empresa del reclamante.

---

<sup>10</sup> *CMS c. Argentina, Methanex c. USA, Azurix c. Argentina, LG&E c. Argentina y AES c. Hungría*

<sup>11</sup> *Enron c. Argentina, Sempra c. Argentina, Continental c. Argentina.*

Si bien afirma que debido a las infracciones de la Ciudad se priva a la empresa del reclamante del 'beneficio económico razonablemente esperado' del proyecto, no declara la expropiación de la empresa, debido a que no hubo expropiación de los activos físicos de la empresa los cuales fueron vendidos y que la empresa nunca fue incautada ni su actividad fue bloqueada. De modo que el tribunal concluyó que “la pérdida de beneficios o expectativas no es un criterio suficiente para una expropiación, aun cuando sea un criterio necesario”.

El tribunal de El Paso c. Argentina resalta que “en todos los casos resueltos hasta el momento que involucraron a la Argentina, la pérdida de valor de la inversión no se consideró fundamento suficiente para determinar que hubiera existido expropiación, a pesar de tratarse de pérdidas significativas”. En el caso *LG&E c. Argentina*, por ejemplo, a pesar de que según la demandante el valor de la participación de LG&E sobre las licencias se había reducido en más de un 90% como resultado de que la demandada dejara sin efecto las garantías fundamentales del sistema tarifario, el tribunal concluyó que no existía expropiación, ya que las medidas en sí no habían interferido con “la capacidad de la inversión para mantener sus actividades”, a pesar de que los beneficios se vieron drásticamente reducidos. Las normas que reducen la rentabilidad de una inversión pero que no la paralizan completamente y permiten que el inversor conserve el control por lo general no se consideran expropiación indirecta, a pesar de que puedan generar responsabilidad por la violación de otros estándares de trato, tales como el trato nacional o el trato justo y equitativo.

En conclusión, de conformidad con la jurisprudencia imperante, el Tribunal determina que para que se produzca expropiación debe privarse al inversor sustancialmente no sólo de los beneficios, sino también del uso de su inversión. La simple reducción del

valor de la inversión que no fuera provocada por la interferencia con el control o el uso de la inversión no constituye expropiación indirecta. (*El Paso c. Argentina*, párr.255 y 256)

(2) Trascendencia de la medida:

La trascendencia de la medida tomada por el Estado radica en dos aspectos: (a) la duración de la interferencia y (b) la gravedad de la medida.

(a) Duración de la interferencia:

Para constituir una expropiación, la medida debe ser definitiva y permanente. Una medida que lleva a una disminución temporal en el valor o la pérdida de control normalmente no se considerará como expropiatoria. (UNCTAD, 2012; *Suez c. Argentina*)

En *SD Myers c. Canadá*, se da la prohibición de la exportación de una sustancia química de territorio canadiense, y el negocio del reclamante se basaba precisamente en tales exportaciones. El tribunal sin embargo no considera que exista expropiación ya que las medidas fueron temporales.

Sin embargo, según la UNCTAD (2012) algunas de las medidas temporales de iure también pueden considerarse expropiatorias dependiendo de las circunstancias específicas del caso:

Llegamos a una etapa en la que un observador objetivo concluiría que no existe una perspectiva inmediata de que el propietario pueda reanudar el disfrute de su propiedad”. Fue sobre esta base que los Tribunales de Reclamaciones Irán-

Estados Unidos encontraron en varios casos que el nombramiento de gerentes "temporales" constituía una toma, particularmente porque las circunstancias que rodearon después de la revolución islámica no ofrecieron una perspectiva realista de que los inversionistas pudieran reanudar sus negocios.

Finalmente, tenemos los criterios temporal y espacial. De acuerdo con el primero, no estaremos ante una expropiación indirecta si la medida lesiva responde a circunstancias concretas de una situación excepcional que, por definición, es solo temporal. Evidentemente, si la medida de efectos expropiatorios excede el tiempo razonable, se materializará una expropiación indirecta. Conforme al segundo criterio, se puede generar una expropiación indirecta si se invade físicamente el bien, pero de modo permanente. (Velasquez, 2013)

Es posible aseverar que el carácter de impermanencia de las medidas no es suficiente para determinar finalmente la existencia de una expropiación indirecta, sino la duración de la interferencia, es decir los efectos producidos por esas medidas sobre la inversión.

(b) Gravedad de la medida:

Tal como dispone Velasquez (2013):

Además del factor tiempo, es importante determinar si la lesión genera una invasión de tal magnitud que en la práctica se pierda el uso del bien. Es decir, la sola invasión física permanente no genera una expropiación indirecta, hay que analizar si genera o no efectos similares a la expropiación.

Nuevamente recordamos lo señalado por el tribunal de *Tecmed c. México*, al decir que las medidas adoptadas por un Estado, ya sean regulatorias o no, son una expropiación indirecta de facto si son irreversibles y permanentes. En este caso se evidencia que además del carácter de permanencia de las medidas, deben ser irreparables, lo cual implica una medición de la gravedad de la medida además de su temporalidad.

En el caso *Goetz c. Burundi*:

El Ministerio de Industria y Comercio revocó el certificado de zona libre lo cual los forzaba a detener todas las actividades económicas, por lo que se privaba a las inversiones de toda utilidad y a los inversionistas del beneficio que podrían haber esperado de su inversión. Por lo anterior, el tribunal considera que se encuentra frente a una ‘medida con efecto equivalente’ a una disposición que priva de la propiedad o la afecta. Finalmente se determina que se expropió al inversor, ya que al tener que detener todas sus actividades perdió por completo la posibilidad de utilizar su propiedad.

De manera que independientemente del tipo de medidas tomadas por el Estado, resulta fundamental para determinar la existencia de una expropiación indirecta que se compruebe la gravedad de la misma respecto a la afectación de la inversión.

## 2. Interferencia con las expectativas del inversionista

El estudio del estándar de expropiación abarca el análisis de las expectativas razonables del inversionista- lo cual corresponde a un estudio económico de las expectativas del inversionista, es decir, requiere la cuantificación de su inversión con el fin de calcular el daño causado con la expropiación y las implicaciones del deber de reparar del Estado-. Es importante, no obstante, mencionar que previo a realizar este análisis sobre la razonabilidad los tribunales comúnmente estudian la legitimidad de las expectativas

-es decir, realizan un análisis jurídico para determinar si las expectativas del inversionista derivan de las representaciones dadas por el Estado con relación a su inversión de manera general (respecto al marco regulatorio del Estado al momento de realizar la inversión) y específica (en relación a las expectativas derivadas de los compromisos realizados por el Estado). (Potestà, 2013)

Sin embargo, la legitimidad de las expectativas es un análisis generalmente realizado por los tribunales bajo el Estándar de Trato Justo y Equitativo, por lo cual el presente capítulo no versará sobre los criterios usados por los tribunales para determinar la existencia de expectativas legítimas. Aun así, resulta relevante resaltar que con antelación al análisis de la razonabilidad de las expectativas se debe verificar la legitimidad de estas, puesto que el primero es un análisis cualitativo -jurídico- y el segundo corresponde a un posterior estudio cuantitativo -económico.

Respecto a su razonabilidad:

Este factor se relaciona con la existencia de expectativas por parte del inversionista de que un determinado tipo de acto o medida no será tomado por el Estado anfitrión de manera que regule o restrinja sus derechos de cierta manera.

Requiere una evaluación de si la medida interfiere con las expectativas razonables de inversión del inversionista, particularmente cuando son creadas por garantías otorgadas por el Estado. (UNCTAD, 2012)

Amado y Amiel (2005) plantean el alcance de lo que implica la interferencia de las expectativas razonables del inversionista:

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

Tal como se expone por la UNCTAD (2012) en el documento de Expropiación, los inversores, ya sean extranjeros o nacionales, permanecen expuestos a la variedad de riesgos en el país que operan, incluido el riesgo de cambios en el entorno regulatorio. Como lo expresó el tribunal de *Waste Management c. México*, "no es la función del derecho internacional de expropiación eliminar los riesgos comerciales normales de un inversionista extranjero". Esta determinación se encuentra respaldada por la posición del tribunal en *Continental Casualty c. Argentina*, según el cual cualquier confianza de un inversionista extranjero en que la legislación no debe cambiarse se perdería. El grado de riesgo al que el inversionista sigue estando expuesto depende del tipo de inversión, el contexto regulatorio, las características y particularidades institucionales del país anfitrión y otros factores relevantes, políticos, económicos y sociales, así como el nivel de desarrollo.



### 3. Naturaleza, propósito y carácter de la medida

Según la UNCTAD (2012) la naturaleza, el propósito y el carácter de una medida en cuestión son elementos relevantes a tener en cuenta para lograr diferenciar entre una expropiación indirecta y un acto reglamentario válido sin sujeción a una compensación.

La naturaleza de la medida: se refiere a si se trata de un acto reglamentario de buena fe.

El propósito: se centra en si la medida persigue genuinamente un objetivo legítimo de política pública.

El carácter de una medida: incluye características como la no discriminación, el debido proceso y la proporcionalidad (es decir que haya un nexo razonable entre el propósito y el efecto de la medida).

Al final, se determinará si la medida en cuestión es específica e irregular o un ejercicio común y normal de los poderes regulatorios del Estado.

#### (i) *Doctrina Sole Effects*

En palabras de Faya (2013): “*La teoría sole effects propone que el impacto o nivel de interferencia de la medida estatal sobre el derecho de propiedad debe ser el único factor, o el factor determinante, para determinar la existencia de una expropiación*”.

Sin embargo, si bien algunos tribunales se han pronunciado en este sentido, en la jurisprudencia moderna esta doctrina es rechazada por los Estados, ya que no solo se estudian los efectos de las medidas sobre el inversor de manera aislada sino la correcta aplicación del poder de policía de los Estados que les permite autodeterminarse, y que ejercido legítimamente no genera responsabilidad internacional. Así las cosas, la

posición seguida por los tribunales es que una privación efectiva es una condición necesaria e importante, pero no suficiente para determinar la existencia de una expropiación. (Faya Rodríguez, 2013, pp. 229-232)

**Tabla. Indicadores de irregularidades en la conducta del Estado.**

**Tabla 1. Casos donde la conducta del Estado fue considerada “irregular” y por tanto expropiatoria. Faya Rodríguez (2013)**

Caso	Principio o “indicador”
Metalclad vs. México, Tecmed vs. México, Goetz vs. Burundi, Biloune vs. Ghana	Legítimas expectativas
Tecmed vs. México	Proporcionalidad
Eureko vs. Polonia	Discriminación
Saipem vs. Bangladesh	Abuso de poder
Vivendi vs. Argentina, Metalclad vs. México	Falta de trato justo y equitativo
Siemens vs. Argentina	Ausencia de propósito público
Biloune vs. Ghana	Ausencia de debido proceso
Rumeli vs. Kazajistán	Colusión indebida y ausencia de debido proceso

E. Conductas del estado señaladas como expropiación indirecta:

Páez (2006) relaciona los actos de la administración del Estado que según la jurisprudencia, los tratadistas y la normativa internacional pueden considerarse como expropiación indirecta:

1. La expropiación de bienes intangibles
2. La expropiación de inmuebles
3. Transacciones forzadas
4. Rechazo a devolver la propiedad
5. Imposición en el control gerencial de la propiedad: designación de gerentes e interferencia en el derecho a administrar.
6. Prohibición de transferir fondos o bienes fuera del país

Así, Faya (2013) nos trae algunos casos en los que las medidas tomadas por el Estado o sus conductas irregulares causaron una expropiación indirecta:

### **Tabla. Medidas expropiatorias.**

<b>Tabla 2. Hallazgos de expropiación indirecta e identificación de medidas. Faya Rodríguez (2013)</b>
<ul style="list-style-type: none"><li>• <b>Cancelación, revocación o negativa de permisos, concesiones o licencias</b> <i>Goetz et al v Burundi (1998); Middle East Cement Shipping v Egipto (2002); Metalclad v México (2000); Tecmed v México (2003), Vivendi II v Argentina (2007); Siemens v Argentina (2007)</i></li><li>• <b>Impuestos desproporcionados</b> <i>Revere Copper v OPIC (1978)</i></li><li>• <b>Arresto o expulsión de funcionarios [sic] clave</b> <i>Biloune et al v Ghana (1989); Benvenuti &amp; Bonfant v Congo (1980)</i></li><li>• <b>Interferencia en el control de la inversión [sic]</b> <i>Starrett Housing v Irán (1983), CME v República Checa (2003)</i></li><li>• <b>Decisiones judiciales [sic]</b> <i>Saipem v Bangladesh (2009), Rumeli v Kazajist. total o casi rtinción entressñ(expropiacis gobiernos sean sujetos a reclamos mientras que hacen su queahcer de manejar asuntosán (2008)</i></li><li>• <b>Regulación financiera</b> <i>Eureka v Polonia (2005)</i></li></ul>

1. ¿En el caso colombiano: los tributos pueden configurar una expropiación indirecta?

Ahora bien, el Estado manifiesta su soberanía a través de la imposición de tributos con miras a impulsar su desarrollo socio-económico. Según Duverger (1968) las finanzas del Estado se constituyen en mecanismos de redistribución de la renta, de tal manera que a través de la hacienda pública se puede promover el desarrollo económico de los Estados. Tal como lo plantean Musgrave y Musgrave (1992), la justificación de la intervención del Estado en la economía se debe a la importancia que tienen las siguientes tres funciones del sector público: 1. La función de asignación eficiente de los recursos de una economía (bienes privados y bienes sociales); 2. La función de distribución de la renta y la riqueza de manera “equitativa” o “justa”; y 3. La función de estabilización de la economía (estabilidad de los precios, tasa adecuada de crecimiento económico, comercio internacional y balanza de pagos) a través de la política presupuestaria.

En virtud del desarrollo de estas funciones, los Estados tienen la necesidad de imponer tributos y distribuir la riqueza. Sin embargo, la firma de AII's implica un riesgo respecto a la facultad de imponer tributos de los países que se encuentran en medio de cambios normativos en materia fiscal – como Colombia-, y/o en desarrollo de atribuciones fiscales sin lineamientos generales, claros y estandarizados en los diferentes niveles de la Administración en tanto que no existe una línea clara sobre qué criterio determina o no una expropiación indirecta, debido a que los criterios son determinados por los mismos tribunales arbitrales que deciden sobre las controversias de inversión<sup>12</sup>.

En los AII es común que se incluya una cláusula de excepción expresamente relacionada con la tributación. Una cláusula de excepción de tributación dentro de un tratado establece criterios generales con los cuales se supone que la legislación tributaria interna debe ser compatible respecto del acuerdo. En el caso de Colombia, se suele pactar en sus AII's (como en los TLC con EEUU y con Canadá) que salvo lo dispuesto en el artículo de tributación, ninguna disposición del Acuerdo se aplicará a medidas tributarias. Uno de los objetivos perseguidos por esta cláusula es el de garantizar la independencia y soberanía recaudatoria de los Estados para establecer los ingresos necesarios con el fin de solventar su gasto, pero buscando siempre que no se afecte de manera discriminatoria a los nacionales de los demás Estados que hacen parte del tratado. La cláusula de excepción de tributación consagra que ninguna disposición del acuerdo se aplicará a medidas tributarias, sin embargo, Colombia no

---

<sup>12</sup> A lo sumo, valga anotar, se cuenta con la prohibición de discriminación fiscal prevista en el artículo III del GATT de 1994, pero esta norma no cuenta con el alcance de proteger concretamente al inversionista contra la emisión de tributos que redunden en efectos expropiatorios.

ha definido en sus tratados qué se entiende por medida tributaria. (Barbosa y Godoy, 2008; Castrillón, 2016)

Según Barbosa y Godoy (2008) una medida tributaria consiste en “toda ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica en materia de regulación, fiscalización, determinación y cobro de impuestos, tasas y contribuciones, así como cualquier procedimiento coactivo de ejecución e imposición de sanciones de carácter nacional, departamental o municipal”. Comúnmente en los tratados firmados por Colombia, un impuesto o medida tributaria no incluye: a) los aranceles o gravámenes aduaneros, b) los derechos antidumping o medidas compensatorias que se apliquen de acuerdo con la legislación interna y c) los derechos u otros cargos relacionados con la importación proporcional al costo de los servicios prestados.(Barbosa y Godoy, 2008; Castrillón, 2016)

Las cláusulas de excepción de la tributación tienen diferentes alcances con relación a los tributos, sin embargo, para efectos de acotar su impacto en relación al tema de este proyecto, delimitaremos su estudio a la interacción de esta cláusula con la expropiación e indemnización. En el mismo artículo se estipula que las medidas tributarias están sujetas a las disposiciones del AII en materia de expropiación y que “podrán ser sometidas al mecanismo de arbitraje cuando se considere que mediante ellas se haya presentado una expropiación directa o indirecta.

Para este caso se prevé un procedimiento especial para que las autoridades competentes puedan determinar, inicialmente, de común acuerdo con el gobierno de la otra parte- y antes de cualquier controversia, si una medida tributaria resulta o no expropiatoria”. Así, en estos tratados se ha establecido que para que un inversionista

extranjero pueda acudir ante un tribunal arbitral debido a una reclamación de expropiación, primero debe someter el procedimiento ante las autoridades competentes de la parte demandante y demandada señaladas en el AII, para que dicha autoridad determine si la medida constituye o no expropiación. Así, la decisión de existencia o no de la medida expropiatoria recaerá en cabeza de las entidades tributarias del Estado receptor y del Estado de proveniencia de la inversión. Solo ***“si las autoridades competentes no acuerdan examinar el asunto o si, habiendo acordado examinarlo no acordaren que la medida no constituye una expropiación,”*** al cabo de 6 meses el inversionista podrá acudir ante un tribunal de arbitraje. (Barbosa y Godoy, 2008; Castrillón, 2016)

De manera que en caso de existir una reclamación por parte de un inversionista extranjero que verse sobre expropiación indirecta relativa a la expedición de medidas tributarias, en primer lugar debe realizarse un acercamiento directo entre los Estados parte del tratado, y solo una vez se haya surtido este requisito se puede acudir ante un tribunal arbitral para determinar si se dio o no una expropiación.

Ahora, con relación al cuestionamiento planteado de si los impuestos pueden configurarse como una expropiación, en primer lugar, debe definirse lo que estos constituyen. En el Caso Burlington c. Ecuador el TBI en ningún momento define qué es un impuesto. Las Partes están en desacuerdo acerca de qué constituye un impuesto bajo el Artículo X. Como resultado, el Tribunal debe determinar si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado. La Demandante afirma que la Ley 42 puede ser un impuesto a efectos del Artículo X "sólo si" es un impuesto bajo el derecho ecuatoriano. Sin embargo, el Tribunal no está de acuerdo, puesto que el

Artículo X forma parte de un tratado internacional entre Estados Unidos y Ecuador, y un tratado internacional se rige por el derecho internacional, no por el derecho interno de los Estados. Por consiguiente, la cuestión de si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X se rige por el derecho internacional, no por el derecho ecuatoriano. Por lo tanto, el Tribunal sólo necesita decidir si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado y a la luz del derecho internacional.

Para determinar si la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado y a la luz del derecho internacional, el Tribunal estima que las decisiones en *EnCana c. Ecuador* y *Duke Energy c. Ecuador* son pertinentes. En *EnCana*, el tribunal sostuvo que un "impuesto" se "impone por ley" y que una "ley impositiva es una ley que impone a una clase de personas la obligación de pagar dinero al Estado con fines públicos". En *Duke Energy*, el tribunal manifestó que "la decisión dictada en *EnCana c. Ecuador* parece ser especialmente pertinente" para elucidar el significado de "cuestiones tributarias" bajo el Artículo X del Tratado.

Según el tribunal hay un "impuesto" bajo el Artículo X del Tratado si se satisfacen los siguientes cuatro requisitos:

- (i) una ley
- (ii) impone a una clase de personas la obligación
- (iii) de pagar dinero al Estado
- (iv) con fines públicos.

De acuerdo con esta definición, el Tribunal considera que la Ley 42 es un impuesto.

En primer lugar, la Ley 42 es, tal como su propio nombre lo indica, una ley. En segundo lugar, esa ley impone una obligación a una "clase de personas", a saber, las

compañías contratistas que mantienen CP vigentes con Ecuador siempre que el precio actual prevalente del petróleo exceda un precio de referencia preestablecido. En tercer lugar, de acuerdo con esta obligación, esta "clase de personas" debe pagar dinero al Estado mensualmente. En cuarto y último lugar, el Estado dispone del dinero así recaudado para sus fines públicos. Tal como Ecuador indicó, el dinero recaudado bajo la Ley 42 va "directamente al Estado... forman parte de los impuestos que entran en la cuenta única del Banco Central de la República". Por estas razones, el Tribunal concluye que la Ley 42 es un impuesto a efectos del Artículo X del Tratado. Tal como en el caso Burlington c. Ecuador se precisa realizar un análisis de cada caso de manera concreta en tanto que los diferentes hechos presentes en uno y otro conllevan a que se deba realizar una aplicación de los diferentes criterios según cada cual, por los tribunales arbitrales. (Burlington c. Ecuador, award)

Ahora, para determinar si la medida tributaria constituye o no una expropiación se requiere realizar un estudio caso por caso de la aplicación de los criterios vistos anteriormente, es decir, a) calcular el impacto de la medida tributaria sobre la inversión, b) la interferencia con las expectativas del inversionista, y c) el carácter de la medida. Entonces, si el impacto de la medida estudiada reduce el valor de la propiedad, ocasiona la pérdida de control sobre la inversión, y sus efectos son irreparables y tan graves como para considerar que se da una neutralización de la inversión, ello redundaría en una vulneración de las expectativas razonables del inversionista, y aunado a lo anterior se demuestra que la medida no se tomó en virtud del poder regulatorio del Estado en la búsqueda de la protección de sus residentes o legítimos intereses fiscales, sino que fue adoptada de mala fe, de manera



discriminatoria o desproporcionada, y en tales casos puede un tribunal arbitral determinar que la medida es expropiatoria.

#### F. EXPROPIACIONES LEGÍTIMAS:

Si bien la expropiación es prohibida por los Acuerdos de Inversión, existen ciertas excepciones en las cuales el Estado en virtud de su poder de policía y obrando dentro de ciertos parámetros está legitimado para expropiar. De este modo, una vez determinada la existencia de la expropiación, debe evaluarse si esta carece o no de legitimidad.

Según la UNCTAD (2012) una abrumadora mayoría de Acuerdos Internacionales de Inversión permite a los Estados expropiar las inversiones siempre que esta sea efectuada acorde a los siguientes criterios:

- a. Por un propósito público
- b. De manera no discriminatoria
- c. De acuerdo al debido proceso
- d. Pago de compensación

Si bien el alcance de cada uno de estas condiciones ha sido discutido, en general el uso de estos cuatro criterios no ha sido modificado en los últimos años. Estos se han cristalizado lo suficiente para representar costumbre internacional en materia de expropiación.

**Tabla. Casos donde el reclamos de expropiación fue rechazado a la luz del ejercicio legítimo de un poder regulatorio.**

**Tabla 3. Ejemplos de casos donde el reclamo de expropiación fue rechazado a la luz del ejercicio legítimo de un poder regulatorio. Faya Rodríguez (2013)**

Caso	Medida
Azinian vs. México	Revocación de una concesión
Thunderbird vs. México	Secuestro de máquinas ilegales de apuesta
Saluka vs. República Checa	Regulación financiera
Emanuel Too Greater Modesto (Tribunal Mixto)	Revocación de una licencia de licor
EDF vs. Rumania	Multa y secuestro de activos ordenados por la "Guardia Financiera"

### G. DEBER DE REPARAR DEL ESTADO

Como vimos anteriormente, la soberanía del Estado encuentra límites en las actuaciones que afectan a los inversionistas extranjeros, frente a las cuales puede establecerse la responsabilidad del Estado y su subsiguiente deber de reparar.

Al respecto dice Páez (2006):

El derecho internacional, a su vez, también protege el derecho de propiedad del extranjero, pues a pesar de la soberanía que el Estado detenta, esta puede verse restringida, y más aún, puede constituirse en responsable de sus actos u omisiones que impliquen una violación del derecho internacional. Así lo declaró la Corte Permanente de Justicia en el caso Chorzow al señalar, «*it is a principle of International law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation*». (Páez, 2006, p.7)<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> Traducción sugerida: Es un principio del derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso implica la obligación de reparar.

La importancia de este caso radica en el hecho de que el tribunal en el Caso Chorzow es el primer organo de jurisdicción internacional en determinar que el deber de reparar del Estado es un principio de Derecho internacional.

Tal como lo menciona Becerra Becerra (2016):

Por primera vez se establece que una vez declarada la responsabilidad internacional de un Estado, la obligación del infractor es restaurar el daño ocasionado a través de la reparación de acuerdo con el “Estándar Chorzow”, que propone por primera vez la restitución de la situación a las circunstancias que deberían existir si no hubiesen ocurrido los hechos contrarios al derecho internacional.

Como lo expone Páez (2006), una decisión o acto ilegal o arbitrario pueden desencadenar un serio problema internacional que implica el riesgo de tener que pagar cuantiosas indemnizaciones a inversionistas extranjeros y a desembolsar grandes sumas para la defensa jurídica ante un tribunal internacional y finalmente llegar a provocar un grave daño patrimonial al Estado.

- Tobie Mining c. Colombia:

Ilustrando lo dicho anteriormente encontramos la posible condena a la que se enfrenta actualmente la República de Colombia en el marco del TLC Colombia-EEUU en el caso *Tobie Mining c. Colombia*.

El proceso deriva del supuesto incumplimiento sobre los derechos surgidos de una concesión minera otorgada al inversionista sobre el Parque Nacional Yaigoje Apaporis, territorio sagrado para varias comunidades indígenas, debido a que:

El 27 de octubre de 2009, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial declaró la constitución del PNN [Parque Nacional Natural] Yaigojé Apaporis por medio de la Resolución 2079, publicada en el Diario Oficial el 29 de octubre de 2009. A partir de esta fecha, y de conformidad con la legislación colombiana, quedó totalmente prohibido el desarrollo de actividades agropecuarias o industriales, incluidas las hoteleras, mineras y petroleras, en el PNN Yaigojé-Apaporis, por lo cual, quedó excluido de pleno derecho de cualquier contrato de concesión minera.

Dos días más tarde, el 29 de octubre de 2009, se suscribió el contrato de concesión para la exploración y explotación minera entre INGEOMINAS y Andrés Rendle (actuando en nombre propio) (el “Contrato No. IGH-15001X”), contrato que no podía acarrear ninguna actividad de exploración o explotación en razón de la Resolución 2079 de 2009. (*Tobie Mining c. Colombia*, 2016, párr 19-20)

Debido a esto en 2013 la Agencia Nacional de Minería declaró la caducidad del título minero y la consecuente suspensión del contrato de concesión.

Resultado de lo anterior, las empresas solitan ante un tribunal de arbitraje que se declare la existencia de una expropiación y una indemnización de 16.500 millones de USD (*Tobie Mining c. Colombia*, 2016, párr. 48). Cabe resaltar que el presupuesto de

la nación para el año 2018 es de 235 billones de pesos colombianos, aproximadamente 74.000 millones de USD<sup>14</sup>, por lo cual una condena de esta magnitud perjudicaría seriamente la economía Colombiana.

---

### III. CONCLUSIONES:

El principio de Soberanía de los Estados consagrado en la carta de la ONU reconoce la igualdad soberana de todos sus miembros. Esta soberanía de los Estados implica su poder de autodeterminarse dentro de sus territorios sin interferencia de entes externos en los asuntos que son competencia de la jurisdicción interna de los Estados. Sin embargo la aplicación de este principio no es de carácter ilimitado, en tanto que los Estados deben respetar las obligaciones adquiridas en el marco de determinados acuerdos internacionales que son fuente de obligaciones, en virtud de los cuales tal soberanía no debe concebirse en términos absolutos.

Dentro de los diferentes tipos de acuerdos internacionales, para el tema de análisis, resulta pertinente el estudio de los Acuerdos Internacionales de Inversión -Tratados Bilaterales de Inversión o capítulos de inversión de Tratados de Libre Comercio-, en especial dos de sus cláusulas: (a) la cláusula paraguas implica la obligación del Estado de respetar sus compromisos relacionados con inversiones; sobre esta es importante resaltar que su aplicación se encuentra condicionada a la existencia de un vínculo contractual inversionista-Estado; y (b) la Cláusula de Expropiación, según la

---

<sup>14</sup> TRM: 2 de noviembre de 2018.

cual se prohíbe a los Estados expropiar sin una indemnización justa. En este punto la expropiación directa no es controvertida en tanto que implica la transferencia de un título de dominio, a diferencia de la expropiación indirecta que puede causarse por medidas establecidas por el Estado *de iure* o *de facto*, y en la cual debe determinarse si se configura o no la expropiación acorde con diferentes criterios desarrollados por los tribunales arbitrales.

Los factores utilizados para evaluar si se ha producido una expropiación indirecta incluyen:

(i) Estudiar el impacto de las medidas: el estándar que han establecido los tribunales para que se configure una expropiación indirecta es que debe haber una neutralización de la inversión. Determinar esta neutralización implica realizar el análisis de dos elementos:

(1) La pérdida de al menos uno de los elementos esenciales del derecho de propiedad: se refiere al uso, goce o disposición de la propiedad.

El impacto de la medida sobre estos elementos se mide según ocurriera:

(a) Disminución del valor:

(b) Pérdida de control sobre la inversión:

(2) Trascendencia de la medida:

(a) Duración de la interferencia:

(b) Gravedad de la medida

(ii) la interferencia con las expectativas de los inversionistas, y

(iii) las características de la medida en juego (naturaleza, carácter y propósito).

Una vez que el tribunal arbitral ha realizado el análisis de estos factores determina si en cada caso particular se configura una expropiación indirecta.

Ahora bien, en virtud de la Cláusula de Expropiación que prohíbe este tipo de comportamientos por parte del Estado, si el tribunal determina la existencia de una expropiación indirecta en relación a la propiedad del inversionista que cuenta con un vínculo contractual con el Estado y por lo tanto se encuentra cubierto por la Cláusula Paraguas del Tratado, nos hallamos no frente a una simple vulneración de un contrato entre el Estado y el particular, sino que esta controversia es elevada a la categoría de violación de un Tratado Internacional.

Al respecto, la Resolución 56/83 de la ONU codifica la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, la cual consagra el deber del Estado de reparar íntegramente el perjuicio (material o moral) causado cuando se configura un hecho de esta índole.

En los términos de la Resolución de la ONU se configura un hecho internacionalmente ilícito cuando:

(i) Hay un comportamiento consistente en:

- (a) Una acción
- (b) Una omisión

(ii) Atribuible al Estado según el derecho internacional

(iii) Que constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Para que se haga efectivo el deber de reparar del Estado respecto al perjuicio causado con el hecho internacionalmente ilícito, la Resolución de la ONU establece como formas de reparación del perjuicio la restitución, indemnización y satisfacción.

Teniendo en cuenta que la aplicación de Acuerdos Internacionales de Inversión está intrínsecamente relacionado con el mejoramiento en la producción y exportación de bienes y servicios, generación de empleo, innovación tecnológica, atracción de

riqueza y crecimiento económico, es trascendental para los países realizar el mejor aprovechamiento posible de los mismos.

La importancia del análisis de estos elementos radica en la posibilidad de prevenir actuaciones ilegales por parte del Estado que puedan desencadenar un serio problema internacional y llegar a provocar un grave daño patrimonial del Estado.

Si bien los Acuerdos Internacionales de Inversión son un instrumento muy importante y eficaz de desarrollo socioeconómico y comercial de los Estados, en economías en desarrollo también implican la posibilidad de sufrir condenas demasiado gravosas para los Estados que terminan poniendo en riesgo el presupuesto del país.

Vgr. Actualmente el Estado colombiano se enfrenta a 11 disputas frente a los tribunales arbitrales CIADI y CNUDMI, en las que se argumenta la violación de un AII. En estas se solicitan indemnizaciones derivadas de expropiación indirecta por parte del Estado colombiano a inversiones protegidas, las cuales, de concederse, pondrían en peligro la estabilidad económica del país.

**Tabla 4. Casos de inversionistas contra la República de Colombia frente a los tribunales CIADI y CNUDMI entre 2016 y 2018.**

#	Caso	Reglas
1	Glencore International AG y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia	CIADI
2	América Móvil S.A.B. de C.V. c. República de Colombia	CIADI
3	Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia	CIADI
4	Telefónica S.A. c. República de Colombia .	CIADI
5	Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia	CIADI
6	Gran Colombia Gold Corp. c. República de Colombia	CIADI
7	Galway Gold Inc. c. República de Colombia	CIADI
8	Red Eagle Exploration Limited c. República de Colombia	CIADI
9	Gas Natural Fenosa c. República de Colombia	CNUDMI
10	Alberto Carrizosa Gelzis, Felipe Carrizosa Gelzis, Enrique Carrizosa Gelzis c. República de Colombia	CNUDMI
11	Tobie Mining c. República de Colombia	CNUDMI <sup>15</sup>

<sup>15</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>  
<https://defensajuridica.gov.co/Paginas/dji/index.aspx#inicio>



Es de suma importancia que las economías en desarrollo adecúen sus políticas públicas, sus actuaciones institucionales y procesos administrativos de tal manera que puedan cumplir con las obligaciones pactadas en este tipo de tratados y aprovechar sus ventajas en función del crecimiento económico. Ahora, es incluso más importante que las negociaciones de AII se adecúen al perfil de los Estado en desventaja en la firma de estos acuerdos. De la globalización resultante de este tipo de tratados depende el crecimiento económico de los países, sin embargo, la apertura que deben realizar frente a economías más grandes debería ser gradual o transitoria, y no el resultado de una posición de desventaja en el acuerdo. Si bien la entrada en vigor de los tratados suele darse de manera escalonada, no basta que se otorguen unos cuantos años para que una nación que se encuentra en desarrollo pueda equipararse a los requerimientos y necesidades de una economía mucho mayor. Las estipulaciones pactadas en estos tratados no deben enfocarse netamente en la atracción de inversión sino en la sostenibilidad de las inversiones a largo plazo, a fin de poder cumplir con expectativas realistas de todas las partes involucradas. En este sentido resulta conveniente que las cláusulas paraguas sean redactadas a manera de una lista cerrada incluyendo lo que se entiende y lo que no se entiende como inversión, en tanto que las listas abiertas de definición de inversión abarcan cualquier clase de activos, lo que hace más vulnerable al Estado frente a posibles controversias por expropiación. Aunado a lo anterior, puesto que a través de la imposición de tributos también puede configurarse una expropiación, resulta relevante para las naciones que se encuentran en proceso de cambios normativos en materia fiscal que la expedición de sus medidas sea realizada cuidadosamente, teniendo en cuenta los derechos de los inversionistas

extranjeros en el país, de tal modo que la aplicación de estas medidas no conlleve a las configuración de violación a los acuerdos que tiene el Estado con ellos, y puedan, a su vez, devenir en violación de AIIs con el consiguiente deber de reparar por parte del Estado.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **TRATADOS:**

Naciones Unidas, *Carta de Naciones Unidas*, 24 de octubre de 1945, 1 UNTS

XVI disponible en:

<http://www.refworld.org/docid/3ae6b3930.html> [Consultado: 31 octubre 2018]

Naciones Unidas, *Convencion de Viena Sobre el Derecho de los Tratados*, 27 de

enero de 1980, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331,

disponible en

[https://www.oas.org/36ag/espanol/doc\\_referencia/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf)

CIADI, *CONVENIO CIADI, REGLAMENTO Y REGLAS*. (Washington, 2006).

Disponible en

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Naciones Unidas, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), (Nueva York, 2011). Disponible en:  
<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

Naciones Unidas, Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958). Disponible en  
<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

Tratado de Libre Comercio Colombia- Estados Unidos

Tratado de Libre Comercio Colombia- Canadá

## **RESOLUCIONES:**

Asamblea General de la ONU, Responsabilidad del Estado por hechos

internacionalmente ilícitos, 28 de enero de 2002, AG/56/83, disponible en:

[http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr\\_imt\\_services.GenericView?p\\_docname=22634788.PDF&p\\_type=DOC&p\\_viewservice=VAHWSTH&p\\_searchstring=](http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr_imt_services.GenericView?p_docname=22634788.PDF&p_type=DOC&p_viewservice=VAHWSTH&p_searchstring=)

## **PUBLICACIONES:**

Rojas Amandi, V.M. (2010). Derecho Internacional Público. México: Nostra Ediciones.

Kaiser, S.A.(2010). El ejercicio de la soberanía de los Estados. En Becerra Ramírez, M. & Müller Uhlenbrock, K. (Coords.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales* (pp. 85-105). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Barbosa Mariño, J. D. & Godoy Fajardo, J.P. (2008). Aspectos tributarios de los tratados de libre comercio: especial énfasis en la cláusula de excepción de tributación. En Lozano Rodríguez, E. (Coord.), *Fundamentos de la Tributación* (pp. 341-376). Bogotá : Universidad de los Andes : Editorial Temis.

Monardes, R. & Ramírez, N. (2009). LAS CLAUSULAS PARAGUAS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIONES (Trabajo de Grado). Universidad de Chile, Santiago de Chile.

Yannaca-Small, K. (2006), “Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements”, *OECD Working Papers on International Investment*, 2006/03, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>

Ago, R. (1969), Document:- A/CN.4/217 and Corr.1 and Add.1. *Yearbook of the International Law Commission, vol. II.*, pp.125-156. Recuperado de [http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_217.pdf](http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_217.pdf)

Faya Rodríguez., A. (2013), ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pp. 219-246.

Sauvant, Karl P. (2009). *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, OUP Catalogue, Oxford University Press, number 9780195341577.

Duverjer, M (1968), *Hacienda pública*. Barcelona: Bosch

**PÁGINAS WEB:**

Naciones Unidas. (2018a). Corte Internacional de Justicia. Recuperado de

<http://www.un.org/es/icj/>

Naciones Unidas. (2018b). Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de

<http://www.un.org/es/ga/about/background.shtml>

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia [MinCIT]. (2018). ABC

de los Acuerdos de Inversión. Recuperado de

[http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=66622&name=ABC-ACUERDOS\\_DE\\_INVERSION.pdf&prefijo=file](http://www.tlc.gov.co/loader.php?lServicio=Documentos&lFuncion=verPdf&id=66622&name=ABC-ACUERDOS_DE_INVERSION.pdf&prefijo=file)

International Institute for Sustainable Development [IISD]. (2010)

<https://www.iisd.org/itn/es/2010/01/12/uncitral-tribunal-determines-that-wheat-supply-contracts-are-not-investments-under-swiss-uzbekistan-bit/>

## **REVISTAS:**

UNCTAD (2012). UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. *EXPROPRIATION: A SEQUEL*. United Nations publications, Sales No No. E.12.II.D.7. New York and Geneva.

UNCTAD (2011). UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II. *ALCANCE Y DEFINICIONES: CONTINUACIÓN*. United Nations publications, Sales No 11.II.D.9, Suiza.

Polanco Lazo, R. (2013). PUENTES.¿Cuáles son los verdaderos efectos de los acuerdos internacionales de inversión?, VOLUMEN 14, (Número 9) , pp. 14-16. Recuperado de

<https://es.ictsd.org/sites/default/files/review/puentes/puentes14-9.pdf>

Mereminskaya, E. (2009). Revista Internacional de Arbitraje. LA CLÁUSULA PARAGUAS: LECCIONES DE CONVIVENCIA PARA LOS SISTEMAS JURÍDICOS, JUL.-DIC./2009 (Número 11), pp. 13-59. Recuperado de [http://legal.legis.com.co/document?obra=rarbitraje&document=rarbitraje\\_7bcd439865479032e0430a0101519032](http://legal.legis.com.co/document?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7bcd439865479032e0430a0101519032)

Fernández Masiá, E. (2007). Revista Internacional de Arbitraje. Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. Jul.-Dic. 2007 (Número 7), pp.11-65. Recuperado de: [http://legal.legis.com.co/document?obra=rarbitraje&document=rarbitraje\\_7680752a7d21404ce0430a010151404c](http://legal.legis.com.co/document?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d21404ce0430a010151404c)

Cremades, B. M., & Madelena, I. (2008). Revista Internacional de Arbitraje. Procedimientos paralelos en el arbitraje internacional. Ene.-Jun./2008 (Número 8), pp. 13-105.

Sohn, L., & Baxter, R. (1961). The American Journal of International Law. *Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens* (“*Proyecto de Convenio sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Daños a Extranjeros de Harvard*”), Vol. 55 (Número 3), pp. 548-584. doi:10.2307/2195879.

Amado, J.D. & Amiel, B. (2005). THEMIS 50 Revista de Derecho. *LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS*. Vol. 2005 (Número 50), pp. 60 a 68. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/868>.

Páez, M. (2006). Revista de estudios internacionales. *La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*. Vol 39 (Número 153), pp. 5-36, doi: [10.5354/0719-3769.2011.14421](https://doi.org/10.5354/0719-3769.2011.14421)

Becerra Becerra, Z. (2016). Revista Jurídica de la Universidad de León. *LA OBLIGACIÓN DE REPARAR COMO PRINCIPIO DEL DERECHO INTERNACIONAL. Sentencia sobre el fondo del TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL en el asunto La Fábrica de Chorzow (Reclamación por Indemnización de Alemania c. Polonia, del 13 de septiembre 1928)*. Vol- 2016 (Número 3), pp. 83-91, recuperado de: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjF0KzvjbTeAhVPylMKHcYrDwkQFjAAegQIABAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.unileon.es%2Findex.php%2Fjuridica%2Farticle%2Fdownload%2F5016%2F3857&usg=AOvVaw1wFHea8Y4jixBTwDzSBKa4>

Velásquez Meléndez , R. (2013). Revista ius et veritas. *Expropiación indirecta. Justificación, regímenes, casos, criterios y usos.*, Julio 2013 (Número 46), pp. 228-256. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11970>

Potestá, M. (2013). ICSID Review. *Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept*. Vol. 28 (Número 1), pp. 88-122. doi:10.1093/icsidreview/sis034.

**LAUDOS:**

SAUR International v. Argentine Republic (“SAUR c. Argentina”), ICSID Case No.

ARB/04/4, Decisión Sobre la Solicitud de Anulación de la República

Argentina, 2016.

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States (“*Marvin Feldman c.*

*Argentina*”), ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 2002

Continental Casualty Company v. Argentine Republic (“*Continental c. Argentina*”),

ICSID CASE No. ARB/03/9, Award, 2008.

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (*Salini c.*

*Marruecos*), ICSID Case No. ARB/00/4. Decision on Jurisdiction, 2001.

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (“*Burlington c. Ecuador*”), ICSID

Case No. ARB/08/5, Decision on Liability, 2012.

CME Czech Republic B.V. vs. Czech Republic (“*CME c. República Checa*”),

UNCITRAL, Partial Award, 2001.

El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic (“*El Paso c.*

*Argentina*”), ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 2011.

Técnicas Medioambientales Tecmed (“*TECMED c México*”), S.A. v. The United

Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award, 2003

Sempra Energy International v. The Argentine Republic (“*Sempra c. Argentina*”),

ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 2007.

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada (“*Pope & Talbot c. Canadá*”),

UNCITRAL, Award on the Merits of Phase 2, 2000.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A.) v.

Argentine Republic (II) (“*Vivendi c. Argentina II*”), ICSID Case No.

ARB/03/19, Decision on Liability, 2010



Total S.A. v. The Argentine Republic (“Total c. Argentina”), ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 2010

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic (“LG&E c. Argentina”), *ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 2006*

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, 2009.

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina (“CMS c. Argentina”), ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005

Methanex Corporation v. United States of America. (“Methanex c. USA”), UNCITRAL, Final Award, 2005.

Azurix Corp. v. The Argentine Republic (“Azurix c. Argentina”), ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 2006

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (“Enron c. Argentina”), ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 2007

Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2") (“*Waste Management c. México*”), ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Award, 2004

AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, 2010

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (“*Suez c. Argentina*”), ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 2010.

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (“*Goetz c. Burundi*”), ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 1999

S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, Partial Award, 2000.

Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc. v. Republic of Colombia (*“Tobie Mining c. Colombia”*),  
UNCITRAL, Colombia's Response to the Request for Arbitration, 2016.