

Armonización de obligaciones nacionales con internacionales: el caso de la expropiación indirecta en la inversión extranjera y las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993

Catalina Becerra Trujillo

Federico Hurtado Gónima

Director

José A. Toro Valencia

Trabajo para optar al título de abogados

Universidad EAFIT

Escuela de Derecho

Medellín, Colombia

2019

Tabla de Contenido

Tabla de Contenido	2
Tabla de Abreviaciones.....	4
Introducción	5
Supuesto de hecho.....	16
1.1. Trato justo y equitativo	18
1.1.1. Conceptualización	18
1.1.2. Manifestaciones.....	20
1.2. Estándar de trato nacional.....	29
1.2.1. Manifestaciones del estándar	31
1.2.2. Aplicación del estándar	36
1.2.3. Caso colombiano	39
Consecuencia jurídica	45
1.3. Responsabilidad del Estado	47
1.3.1. Expropiación legal -compensación-	52
1.3.2. Expropiación ilegal -indemnización-	56
1.4. Caso práctico -cláusulas exorbitantes artículo 14-19 Ley 80 de 1993-	59
1.4.1. Cláusulas exorbitantes.....	60
1.4.2. Estándares de protección de cara a las cláusulas exorbitantes	72

Conclusiones generales	88
Casos	96
Referencias.....	101

Tabla de Abreviaciones

Abreviación	Término
DII	Derecho internacional de las inversiones.
APPRI	Acuerdo para la promoción y protección de la inversión.
ABI	Acuerdo bilateral de inversión.
OMC	Organización Mundial del Comercio.
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs.
TJE	Estándar de trato justo y equitativo.
TN	Estándar de trato nacional.
ARSIWA	Articles of Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts.
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
ILC	International Law Commission.

Introducción

Los últimos gobiernos de Colombia incentivan la inversión extranjera, dando lugar a múltiples negocios jurídicos celebrados entre el Estado y los inversores extranjeros. En este orden de ideas, han resultado controversias contractuales, donde el inversionista extranjero reclama que el Estado colombiano vulneró sus derechos. Uno de los fenómenos que se presenta es la expropiación indirecta de los derechos de los inversores. A continuación, se busca dar una introducción a la inversión extranjera y a la expropiación en sentido amplio y a la expropiación indirecta, dado que son las premisas iniciales para comprender el análisis que se busca realizar en este trabajo. Se busca contestar al interrogante de: ¿qué elementos configuran los estándares de protección al inversor extranjero correspondientes al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica del fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera?

El primer componente que se analiza es la inversión extranjera. La inversión extranjera es la forma en la que un sujeto de un Estado invierte su capital en otro Estado. En este punto es muy importante diferenciar dos cosas: 1) la inversión extranjera directa y; 2) la inversión a través del mercado de capitales. Esta distinción es relevante por la manera en la que se materializa cada una. En la inversión extranjera directa existe un ánimo del inversor de mantener una relación de largo plazo con el país receptor¹, en cambio en las inversiones a través del mercado de capitales siguen la lógica del mismo mercado, por lo que pueden ser de largo o corto plazo y se rigen por las normas propias de las actividades financieras. Por lo tanto, este trabajo se enfocará en la inversión extranjera directa, las inversiones a través de capitales no serán analizadas pues existen otras ramas

¹ La inversión extranjera directa se materializa en el Estado receptor a través de la constitución de sociedades o la participación en sociedades existentes, a través de figuras como los *joint venture*, los consorcios, las uniones temporales y demás que cree el derecho.

del derecho que protegen los intereses de las partes implicadas en este tipo de inversión (Van Harten, 2007).

La inversión es muy importante para los Estados, pues existe consenso sobre los beneficios económicos para cada país, debido a la inyección de capital en la economía, el empleo generado y el desarrollo económico. En Colombia la inversión extranjera directa ha aumentado en la última década de manera importante, en parte por las actividades mineras y petroleras, junto con otros sectores de la economía que también han tomado relevancia en esta materia.



Fuente: Banco de la República, Subgerencia de Estudios Económicos - Balanza de Pagos (2019).

También existen muchas críticas sobre los impactos negativos de este fenómeno en los Estados. Esto es la pérdida de la soberanía, el manejo inadecuado de los recursos naturales y el sometimiento de los inversionistas a las normas de un determinado país. En los Estados más débiles, la inversión extranjera directa puede ejercer presión importante sobre las instituciones políticas, para hacer prevalecer los intereses de los inversionistas sobre los estatales (Alvarez, 2011).

Cuando se habla en este trabajo de “inversor” siempre se debe entender como el inversor que tiene la calidad de extranjero, es decir, que pertenece a un Estado diferente al receptor de la inversión. No existe ningún porcentaje establecido como obligatorio para calificar la inversión de extranjera, por lo que en una sociedad puede existir un uno por ciento (1%) de las acciones en cabeza de un inversor extranjero, y esta podría calificarse como inversión extranjera. Solo el que ostente la calidad de inversor extranjero podrá hacer uso de los derechos consagrados en los acuerdos suscritos por Colombia para la protección y promoción de la inversión (APPRI); estos contienen obligaciones que son vinculantes² para el Estado colombiano en cuanto a la protección de la inversión del extranjero.

Si surge una controversia relativa a la inversión, los APPRI incluyen la posibilidad de que esta sea solucionada a través de diferentes tribunales de arbitraje. Los principales tribunales de arbitraje que se utilizan relativos a la inversión son ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual pertenece al Banco Mundial, y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la cual pertenece a las Naciones Unidas. Estos tribunales solo surgen en razón a la controversia, es decir, son ad-hoc; por lo anterior, no es posible la creación de un precedente judicial en sede del arbitraje internacional de inversiones, ya que no hay un sistema jerárquico que vincule a los tribunales en sus decisiones. Este es el elemento principal para afirmar que los estándares de protección a la inversión, y la interpretación que se le da a las cláusulas de los APPRI depende de cada caso concreto y contiene múltiples matices. No hay definiciones uniformes que se puedan aplicar a cada concepto, cada caso concreto es evaluado y el tribunal de arbitraje es el que les otorga el alcance a las obligaciones. No obstante, se encuentran líneas argumentativas dentro de los laudos, de las cuales se extraen

² Dichas obligaciones son vinculantes dado que ingresan al ordenamiento jurídico por la ratificación de los acuerdos.

posibles tendencias a la hora de determinar qué alcance tiene cada artículo, en este caso particular, el de la expropiación.

Dado que este trabajo se enfoca en el supuesto de la expropiación indirecta, se debe aclarar que es importante diferenciar la lógica de los arbitrajes contractuales, es decir, entre dos partes iguales, de los arbitrajes realizados con base en el uso de los poderes regulatorios del Estado. En el caso del arbitraje de inversiones no se discuten disputas contractuales, solamente los casos en los que el Estado se encuentra actuando como un soberano en representación de sus nacionales, y buscando la protección del interés general. Esto es necesario para poder fallar las controversias que surjan entre los inversores y los Estados, teniendo en cuenta los principios del derecho internacional público, y no los del derecho comercial (Van Harten, 2007). Los sujetos principales de las controversias relativas a la inversión extranjera son el Estado receptor de la inversión vs. el inversor extranjero.

El segundo componente es la expropiación en sentido amplio. Dada una introducción a los aspectos relevantes para este trabajo de la inversión extranjera, ahora se explica la expropiación en sentido amplio, para luego centrarse en la expropiación indirecta. Una controversia actual e importante que se suscita en el arbitraje internacional de las inversiones es sobre la expropiación indirecta de los derechos del inversor extranjero.

La expropiación es un fenómeno jurídico por medio del cual el Estado, por razones de interés público, le priva el derecho a la propiedad a un particular. El particular está obligado a transferirle la propiedad al Estado, y como contraprestación se hace acreedor de una compensación. Es una

potestad que se le otorga al Estado en los APPRI, la cual tiene múltiples condiciones³. El vulnerar estas condiciones significa que la expropiación pasa de ser legal, a ilegal.

Normalmente los artículos contenidos en los APPRI que regulan la expropiación indican que ésta será legal si se realiza: 1) persiguiendo el interés general; 2) sin discriminar al inversor extranjero; 3) con un debido proceso; y 4) pagándole una compensación adecuada, pronta y efectiva al inversor. Se recalca que, si se realiza la actuación conforme los elementos anteriores, la expropiación será legal, y el Estado solo le deberá al inversor la compensación. Por otro lado, si se realiza una actuación Estatal que priva al inversor de sus derechos, y además vulnera alguno de los elementos anteriores, el Estado se hace responsable internacionalmente.

Los elementos del supuesto de hecho de la expropiación son manifestaciones de los estándares de protección a la inversión, también contenidos en los APPRI. Son los siguientes: 1) Trato Justo y Equitativo (en adelante TJE), en cuanto al debido proceso; y 2) Trato Nacional (en adelante TN), frente a la prohibición de discriminación.

La expropiación se basa en la primacía del interés general sobre el particular, pues el Estado tiene la potestad de privar a un particular de un derecho subjetivo en búsqueda de lograr uno de sus fines. En el ámbito internacional el uso de esta figura ha sido objeto de múltiples controversias, en especial luego del ascenso de la Unión Soviética a mitad del siglo XX. En este periodo los Estados comunistas se apropiaban de los medios de producción de cada nación, y en muchos casos no compensaban de manera adecuada a las personas a las que se le lesionaban sus derechos a la propiedad privada, lo que suscitó numerosas controversias internacionales.

³ Todas las obligaciones contenidas en los APPRI que son suscritos por Colombia son vinculantes. Las obligaciones entran a ser parte del ordenamiento jurídico por la ratificación de los acuerdos.

Posterior a la disolución de la Unión Soviética, el uso de la figura de la expropiación directa ha disminuido. Aun así, los Estados todavía tienen la necesidad de aplicar medidas que están dirigidas al interés general, y que en ocasiones vulneran los derechos de propiedad de los inversores extranjeros. Es por esto que aún se encuentra en los APPRI la potestad de la expropiación y que surge el fenómeno de la expropiación indirecta.

El último componente que se debe examinar en la introducción para entrar en materia es la expropiación indirecta. Se debe establecer entonces qué diferencia hay entre la expropiación directa e indirecta. Para que la expropiación sea directa es necesario que el derecho de propiedad sea transferido al Estado por el inversor. Si la propiedad sigue en cabeza del inversor extranjero no se considera como una expropiación directa y podrá llegar a configurarse la expropiación indirecta.

Se dice que se podrá llegar a configurar porque la expropiación indirecta está compuesta por matices, nada es blanco o negro. Se busca en este trabajo darle al lector una aproximación a esta situación jurídica, y a su nebulosidad. La expropiación indirecta ha sido definida por múltiples tribunales⁴ y de variadas maneras, pero una de las definiciones más utilizadas se presenta en los casos *Starret Housing Corporation vs. Irán* y *Tippetts vs. TAMS-AFFA* del Tribunal de Reclamaciones Irán- Estados Unidos:

“Es reconocido por el derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir de tal forma sobre los derechos de propiedad⁵ que estos derechos se vuelven inútiles.

⁴ En este ensayo se debe entender “tribunales” como tribunales internacionales en sede de arbitraje. Sean ante el CIADI, UNCITRAL, o cualquier tribunal instaurado por las partes que conozca en derecho sobre la controversia.

⁵ Se entiende derecho de propiedad en sentido amplio, el cual incluye todos los derechos tangibles e intangibles que pueda tener una persona, sea jurídica o estatutaria (Reinisch, 2008).

Estos deben considerarse como expropiados, aunque el Estado no haya pretendido expropiarlos y el justo título permanezca formalmente con el dueño original” (traducción propia) (1983).

En la expropiación indirecta, la privación de los derechos del inversor por parte del Estado receptor se da de una manera tal que no le permite utilizar los derechos que se desprenden de su inversión. Esto se materializa, por ejemplo, con la expedición de normas regulatorias que impiden la explotación de algún bien de propiedad de los inversores, la remoción de los administradores, o en el caso especial de este trabajo, el supuesto de la aplicación de los poderes exorbitantes del Estado en materia de contratación estatal.

La expropiación indirecta puede ocurrir por actos y/u omisiones que tienen como resultado la privación del derecho de propiedad, y también a través de lo que se ha llamado expropiación progresiva o *creeping expropriation*. El término ha sido definido por la CNUDMI como las diferentes actividades que poco a poco le quitan valor a los activos del inversionista extranjero, que concluyen al despojarlo del valor original de su inversión. Los derechos de propiedad siguen radicados en cabeza del inversionista, pero dada la interferencia del Estado, no puede ejercer de la misma forma sus derechos. Cada uno de los actos no encajarían dentro del supuesto de hecho de expropiación indirecta, pero al observarlos en su conjunto, se puede examinar que como resultado se da la expropiación indirecta (Reinisch, 2008).

Aún no hay una definición uniforme de la expropiación indirecta, o de qué actuaciones estatales pueden constituirla. Aunque no exista el precedente judicial en el derecho internacional de las inversiones (en adelante DII) para poder dar luces sobre el concepto, la doctrina y los tribunales de arbitraje han creado líneas argumentativas a través de los casos que aproximan cuándo un actuar del Estado es legítimo y constituye una expropiación indirecta.

La dificultad de este tema yace en lograr indicar cuándo se da una regulación del Estado, que no tiene lugar a compensación, y cuándo el Estado perjudica de tal forma los derechos del inversor que se constituye la expropiación indirecta y por ende se debe compensar. La intensidad de la interferencia del actuar del Estado es sustancial a la hora de determinar si hubo una expropiación indirecta. Hay consenso en cuanto a que la intervención del Estado debe ser de tal grado que se pueda calificar como expropiación. Dicha intervención debe generarle al inversionista, ya sea la pérdida de control sobre su inversión, la pérdida de valor sustancial, o un impacto económico severo (Reinisch, 2008).

De la dificultad de definir si un actuar es o no una expropiación indirecta, se han desarrollado dos corrientes que han utilizado los árbitros para indicar cuándo es una regulación y cuándo es una expropiación: 1) *sole effects doctrine*; y 2) *police power doctrine* (Dolzer & Bloch, 2003). Se reitera, el DII es de matices, y de analizar cada caso concreto; es por ello que, si bien hay dos corrientes separadas, estas también pueden concurrir en el argumento que da solución a un mismo caso. A continuación, se mencionan sus rasgos generales:

La *sole effects doctrine* se enfoca únicamente en el efecto que una medida específica tiene sobre los derechos del inversor extranjero (Dolzer & Bloch, 2003). Si la interferencia excede cierto grado de privación, habrá una expropiación sin importar el móvil que haya tenido el Estado para aplicar la medida (Kriebaum, 2007). Incluso algunos tribunales tales como los de *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica*, *Phelps Dodge Corp. et al vs. República Islámica de Irán* y *Southern Pacific Properties Limited vs. Egipto* establecieron explícitamente que, si bien las motivaciones iban encaminadas a satisfacer el interés general, eran irrelevantes ante la cuestión de compensar la interferencia en los derechos de propiedad del inversor extranjero.

A diferencia de la doctrina de *police powers*, la doctrina de *sole effects* sí aborda la cuestión de una privación total a la inversión (Kriebaum, 2007). Es decir, una actuación del Estado que se realiza sin discriminar, con debido proceso, persiguiendo un interés general y sin vulnerar el trato justo y equitativo se debe compensar porque significa una privación total o sustancial de la inversión (Dolzer & Bloch, 2003). Aunque la actuación tenga todos los elementos para considerarse legítima y dentro de los poderes regulatorios del Estado, esta interviene de tal forma en el derecho del inversor que su efecto es como si se hubiera expropiado. Por lo anterior, tribunales basados en esta doctrina otorgan la compensación.

La *police powers doctrine* se enfoca en los móviles que tuvo el Estado receptor de la inversión para regular. Significa que, si el Estado adopta una medida en el ejercicio de los poderes policivos del Estado, dirigida a satisfacer el interés general, no configurará una expropiación indirecta, por ende, no se debe compensar.

En el caso de *Too vs. Greater Modesto Insurance* en sede del Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos se determinó que: “un Estado no es responsable por la pérdida de propiedad u otra afectación económica que resulta de una medida general aplicada con buena fe y aceptada comúnmente como parte de los poderes policivos del Estado. Esto siempre y cuando esta no sea discriminatoria o esté encaminada a causar el abandono de la propiedad por el inversor extranjero al Estado o una venta forzada” (Ranjan & Anand, s. f.). Esta doctrina ha sido utilizada frente a la expropiación indirecta como una justificación para evitar el pago de la compensación al inversor extranjero, cuyo derecho fue afectado por los poderes regulatorios del Estado. Su aplicación por parte de los tribunales demuestra que estos reconocen el derecho soberano del Estado a hacer uso de sus potestades regulatorias como parte del derecho internacional consuetudinario (Ranjan & Anand, s. f.).

El caso emblemático en el que se aplicó la *police powers doctrine* fue el de *Methanex vs. Estados Unidos*. La controversia trataba sobre la prohibición en el estado de California del uso de un aditivo para la gasolina por razones ambientales y de salud pública. El tribunal falló que había lugar a una regulación sin compensación, y no a una expropiación indirecta.

Es importante recalcar que cada tribunal escoge la teoría que desea aplicar al caso concreto. Incluso puede mezclar las dos teorías y hacer el análisis desde ambos puntos de vista. Es por lo anterior que el objetivo principal de este trabajo es analizar el fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera y cómo éste puede generar efectos sobre las decisiones que toma el Estado colombiano. En otras palabras, qué aplicación se le debe dar a estas obligaciones internacionales ante el supuesto de la aplicación del ordenamiento jurídico interno, en concreto, la aplicación de las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993. La expropiación indirecta, como ya se estableció, es turbia, es por ello que este trabajo buscará analizar los elementos que componen el supuesto de hecho contenidos en los APPRI y las consecuencias jurídicas que se derivan de ella. Para ello este escrito se dividirá en dos capítulos, cada uno con dos subcapítulos. El primer capítulo examina el supuesto de hecho a través del análisis de los estándares de protección a la inversión contenidos en éste y cómo pueden ser vulnerados: 1) TJE; y 2) TN.

El segundo capítulo se concentra en las consecuencias jurídicas y la aplicación del supuesto de hecho a través de: 1) las fuentes de responsabilidad del Estado derivadas del supuesto de hecho, es decir, las de la expropiación indirecta legal e ilegal y así determinar cómo se resarcen los daños; y por último 2) se comparará la configuración de los estándares del TJE y el TN, en el marco de la expropiación indirecta en la inversión extranjera, de cara a aplicación de las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, para identificar si en este actuar estatal se presenta una violación a los estándares.

En cuanto a las cláusulas exorbitantes se analizarán las más notorias en el ordenamiento jurídico colombiano. Debido a que no se considera necesario ahondar la discusión sobre qué es exorbitante en el Estatuto General de Contratación y qué no. Pues el enfoque de este trabajo de grado es realizar un estudio sobre la expropiación indirecta y el DII, confrontándolo con el ordenamiento jurídico interno.

Este es un caso de estudio interesante porque genera varios conflictos entre el derecho interno, el DII y el derecho internacional comercial. Todo esto debido a que el Estado puede actuar en búsqueda de la protección del interés general, y en ese caso se estaría hablando de una relación desigual entre este y el inversor, o el Estado actuando como parte en un contrato en la que existe una relación de igualdad. Esto sumado al desconocimiento del DII en el derecho público colombiano, nos obliga a resaltar la importancia de conocer el derecho internacional, y armonizarlo con el derecho interno.

1. Supuesto de hecho

En sede del arbitraje internacional no es posible la creación de un precedente judicial, esto sucede porque al ser los tribunales de arbitraje ad-hoc es inexistente el sistema jerárquico. Por lo anterior, el alcance que se da a las obligaciones concedidas por los APPRI puede ser difuso, ya que cada tribunal le otorga el alcance que considera prudente según el caso concreto. Pero, si bien no hay precedente, esto no quiere decir que los tribunales no adopten los argumentos usados por los demás árbitros en los casos sobre los que están decidiendo, pero si da un margen de incertidumbre a las partes.

Un ejemplo claro de lo anterior es el caso de los estándares de protección a la inversión que hacen parte del supuesto de hecho del artículo de expropiación en los APPRI. Al no haber un precedente judicial, y al ser bastante amplias las obligaciones plasmadas en los APPRI, no hay un alcance, definición o contenido uniforme de los estándares del TJE y el TN (Grierson-Weiler & Laird, 2008).

En el caso concreto de la expropiación indirecta, se plasma en casi todos los APPRI que esta será legal si se ejecuta: 1) persiguiendo el interés general; 2) sin discriminar; 3) con un debido proceso; y 4) habiéndole otorgado una compensación adecuada, pronta y efectiva al inversor. La imposibilidad de un precedente judicial en este supuesto de hecho es la razón por la que el crear una línea con la cual se pueda dividir qué es una expropiación indirecta, legal o ilegal, y qué no lo es, es muy difícil. Sin embargo, se concuerda con lo dicho en el tribunal de *Methanex vs. Estados Unidos*: si bien no hay una línea divisora, debe ser posible determinar en qué lado de la división se encuentra el caso en particular. Por lo anterior, se encuentra que se han llegado a crear líneas argumentativas similares, medianamente uniformes, en la jurisprudencia internacional. De ello se extrae que hoy en día los arbitrajes en sede del derecho internacional de las inversiones fallan

frente a la vulneración de dos grandes categorías de la responsabilidad del Estado: los estándares del TJE y el TN (Grierson-Weiler & Laird, 2008). Lo anterior se materializa de la siguiente forma en la expropiación: la prohibición de discriminación está contenida en el estándar del TN y la obligación a utilizar un debido proceso, además de otras manifestaciones relevantes, se encuentra dentro del alcance del TJE.

Los estándares de protección al inversor del TN y el TJE hacen parte del derecho internacional consuetudinario, y se han llegado a incluir en la mayoría de los APPRI. Estas cláusulas son amplias, y permiten al tribunal realizar la interpretación idónea para el caso concreto (Grierson-Weiler & Laird, 2008). Pero, hay que resaltar que no todos los APPRI son iguales, por ende, no todas las cláusulas son iguales. La solución que se le da a este problema de falta de uniformidad es reconocer que todas estas provisiones están dirigidas a regular la misma conducta, sin importar, el tipo de análisis que haga el árbitro, el cual puede incluso llegar a ser imparcial (Grierson-Weiler & Laird, 2008).

Lo anterior se ve reflejado en la decisión tomada por el tribunal del caso *ADF Group vs. Estados Unidos*, el cual explicó que los requisitos de los estándares de protección a la inversión, tales como el de TJE, no le permiten al tribunal adoptar su propia idiosincrasia. Debe basarse en el *case law* u otras fuentes del derecho internacional consuetudinario o en general fuentes del derecho internacional. Aun así, se enfatiza que la posibilidad de aplicar el estándar de protección depende del contexto, y todavía no se tiene suficiente bagaje en los laudos arbitrales para que el concepto sea aplicado de forma uniforme.

Es por todo lo anterior que es de gran importancia realizar una aproximación y analizar qué contenido tiene el estándar del TJE y el TN. Se reitera que se escoge examinar estos dos estándares ya que la obligación a no discriminar es una manifestación del TN, y la obligación a un debido

proceso es una de las manifestaciones del TJE. Frente al TJE también se debe decir que, si bien el contenido del supuesto de hecho de la expropiación indirecta se limita a mencionar los anteriores elementos, en sede de arbitraje, se han dado otras manifestaciones cuya violación da lugar a la responsabilidad del Estado. La vulneración de estos estándares por un actuar del Estado da lugar a que la expropiación sea ilegal, y por lo tanto no se deberá solamente la compensación, sino además una indemnización. En el siguiente acápite se examinarán los estándares de protección a la inversión que son elementos del supuesto de hecho de la expropiación indirecta.

1.1. Trato justo y equitativo

El TJE es un estándar de protección del derecho internacional público. Proviene del civil law, por lo tanto, su contenido parte de los principios de la buena fe y el acto propio conocido como *estoppel* (Dolzer & Schreuer, 2012). Su relación con el derecho internacional de las inversiones ha sido establecida en sede de tribunales de arbitraje de inversiones, por ejemplo, en el tribunal de *Sempra vs. Argentina*. A continuación, se hará su conceptualización, y se hablará de sus diferentes manifestaciones, con esto se busca establecer el contenido de dicho estándar.

1.1.1. Conceptualización

El principio del TJE tiene como función en el arbitraje de inversiones proveer disposiciones jurídicas, que llenen los vacíos normativos dejados por las cláusulas sobre los estándares de trato del inversor extranjero en los tratados. Su objetivo es proteger al inversor de las actuaciones estatales, al otorgarle la seguridad de que su daño será resarcido aun cuando el Estado realice actuaciones que son legítimas a la luz de su ordenamiento. Si bien cada caso debe ser analizado de forma separada, el fin que busca el TJE es otorgarle seguridad jurídica al inversor, al salvaguardar el objeto y el propósito del tratado (Dolzer & Schreuer, 2012).

La expropiación indirecta guarda una relación directa con el principio del TJE, pues protegen situaciones similares que exigen que el Estado receptor actúe conforme a los APPRI. Esto no quiere decir que siempre que se viole el TJE hay lugar a una expropiación, debido a que la expropiación requiere una afectación tal al derecho del inversor que lo deje sin contenido económico, o, que lo prive de su administración, uso y goce (Reinisch, 2008). Esto es importante para determinar la forma en la que se va a compensar al inversor, o resarcir el daño causado (Dolzer & Schreuer, 2012).

Es habitual que los acuerdos de inversión establezcan el principio de TJE como una obligación radicada en cabeza del Estado (López Escarcena, 2014). Aun así, no existe una única configuración del estándar, y éste varía conforme cada acuerdo. Es por esto por lo que los tribunales constituidos en el marco del arbitraje internacional de las inversiones han intentado dotar su contenido con aspectos uniformes (Dolzer & Schreuer, 2012).

Hoy en día el TJE es uno de los conceptos más invocados por los inversores en la resolución de disputas, y es autónomo a los demás estándares de trato del inversor. Su interpretación, junto con el contenido otorgado por los tribunales, debe ser conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Dolzer & Schreuer, 2012).

Uno de los laudos más citados frente a la configuración del estándar de protección es el de *Tecmed*. En este caso el derecho del inversor se vio afectado por una subasta realizada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo, una agencia municipal descentralizada del Municipio de Hermosillo, México. La subasta se realizó sobre los bienes que componían un confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos de la propiedad de Tecmed. Las pretensiones de la compañía incluían la indemnización por daños a la reputación del inversor, y los intereses conectados con el daño causado por la no renovación de la autorización de operar el

relleno, aunque dicha autorización se estaba prorrogando desde los años 80. El tribunal interpretó el principio del TJE de forma autónoma, tomando en cuenta el significado ordinario del texto; falló estableciendo que se dio una violación a sus expectativas legítimas. Indicó que la protección que otorga el principio del TJE es fortalecer la seguridad jurídica y la confianza de los inversores extranjeros, maximizando el uso de sus recursos económicos (Dolzer & Schreuer, 2012).

Las expectativas legítimas del inversor se forman a partir del ordenamiento jurídico vigente al momento de realizar la inversión. El inversor tiene la expectativa de que el Estado receptor de la inversión actúe de forma consistente, libre de ambigüedades y transparente. Con este conocimiento se supone el inversor toma la decisión de arriesgarse a realizar la inversión. Este trato debe ser justo, conductivo y dirigido a promover la inversión extranjera (Dolzer & Schreuer, 2012).

Sin embargo, lo anterior sucede sin exceptuar que el inversor deba conocer de la potestad regulatoria del Estado. Puesto que es a partir de esta premisa que surge la potestad del Estado a expropiar para satisfacer el interés general, supuesto en el que se le quita el derecho al inversor y como consecuencia se compensa (Dolzer & Schreuer, 2012). Es por esto que, algunos Estados han comenzado a incluir dentro de los acuerdos de inversión disposiciones que le permiten un mayor rango de regulación (Van Harten, 2007).

1.1.2. Manifestaciones

Un análisis de los laudos demuestra que hay múltiples manifestaciones que pueden ser identificadas dentro del estándar de trato justo y equitativo, se habla a continuación de las expectativas legítimas, la estabilidad y protección de la inversión, la transparencia, el debido proceso, la buena fe, y por último la libertad de coerción y hostigamiento.

1.1.2.1. Expectativas legítimas

La creación de expectativas legítimas por el Estado en el inversor extranjero juega un papel clave para establecer si se vulneró el estándar del TJE. Las expectativas se configuran a partir del ordenamiento jurídico del Estado en el momento que se realiza la inversión. En este acápite se discutirá sobre los derechos y las obligaciones que se radican en cabeza de ambos sujetos. Estos se analizarán a partir de la transparencia, la prohibición a la violación de estándares mínimos y el *due diligence*⁶ del inversor.

Las expectativas pueden ser creadas no solo por promesas explícitas del Estado en materia contractual, pero también en un ámbito más general (Dolzer & Schreuer, 2012). Por ejemplo, en el caso *Metalclad vs. Estados Unidos Mexicanos* la declaración de unos agentes federales sobre la necesidad de un permiso de construcción que luego fue exigido significó la violación del TJE debido al inversor. El ordenamiento jurídico del Estado será la fuente para determinar cuáles son las expectativas que puede llegar a tener el inversor.

El Estado está obligado a actuar de acuerdo con la normatividad existente frente a la toma de decisiones. Esto incluye un actuar racional, coherente, y transparente que le otorgue al inversor seguridad jurídica. Si el Estado actúa de esa forma, será difícil para el inversor convencer al tribunal que de la correcta aplicación de la normatividad se haya dado una expropiación (Dolzer & Schreuer, 2012). Las expectativas para que sean legítimas tienen que ser razonables. Por ejemplo, el esperar que el Estado receptor de la inversión no cambie ninguna de sus disposiciones normativas, sean legales o administrativas, no sería razonable (López Escarcena, 2014).

⁶ Entiéndase como “debida diligencia”, la carga que debe asumir el inversor.

Debe entenderse “Estado receptor” como uno solo, sin importar su división administrativa. El Estado no se exonera de responsabilidad internacional al argumentar su propia culpa. Los árbitros entran a considerar cuál fue la entidad estatal que afectó al inversor y por qué lo hizo, a partir de estas premisas determina si fue una vulneración a sus derechos y por lo tanto se debe resarcir el daño (Van Harten, 2007).

Por otro lado, los inversores al realizar una inversión en el Estado receptor están sujetos a su ordenamiento jurídico. No todos los cambios en el ordenamiento jurídico que afecten la propiedad del inversor constituyen una vulneración a las expectativas legítimas, esta es una mera regulación sin lugar a compensación (Kriebaum, 2007). No es una violación si el cambio permanece dentro del marco de los ajustes considerados normales dentro del Estado receptor y a nivel internacional (Dolzer & Schreuer, 2012).

Si el Estado fue claro con su normatividad y el pronunciamiento de sus funcionarios al momento de la inversión, dichos cambios deben ser previsibles para el inversor. El inversor debe ser diligente a la hora de realizar la inversión, tiene como carga el conocer estas expectativas que le genera el Estado (Dolzer & Schreuer, 2012). Uno de los laudos más utilizados con respecto a esto fue el de *Methanex Corp. vs. Estados Unidos*. Fue prohibido en el Estado de California, Estados Unidos, el uso de una sustancia como refinador de gasolina por razones medioambientales. Methanex Corp., una compañía canadiense que suplía la venta de metanol a California, demandó a Estados Unidos bajo la premisa de que se le habían violado sus expectativas legítimas al prohibir el uso de dicho químico, lo cual era una medida equivalente a una expropiación indirecta. El tribunal determinó que la prohibición del uso del químico por el Estado de California debía ser previsible (debida diligencia) para el inversor canadiense al momento de la inversión, y que por lo tanto no había una expropiación indirecta ya que sus expectativas no fueron vulneradas (Gaines, 2006).

En resumen, las expectativas legítimas surgen al momento de realizar la inversión, y son las promesas contractuales y jurídicas otorgadas por el Estado receptor a los inversores extranjeros. El Estado se obliga a respetar las “normas de juego” que otorgó, pero esto no es un límite total a su soberanía regulatoria. El Estado tiene el derecho de hacer cambios normativos, y estos no violan las expectativas siempre y cuando hayan sido previsibles para el inversor. Por lo anterior, el inversor tiene la carga de conocer el régimen jurídico al que se sujeta al momento de hacer la inversión, su ignorancia no sirve de excusa.

1.1.2.2. Estabilidad y protección de la inversión

La estabilidad es la manifestación del estándar que se refiere al equilibrio que espera el inversor extranjero exista en el Estado receptor. Esto es que las condiciones jurídicas, políticas y económicas no cambien de forma repentina, causándole daños al inversor. Esta estabilidad no es absoluta, similar al caso de las expectativas legítimas, en donde se entiende que los Estados y las sociedades tienden a cambiar, y que estos cambios tienen que ser previsibles para los inversores. Por lo tanto, no se puede hablar de una estabilidad absoluta de las condiciones, en un Estado receptor de inversión extranjera (Dolzer & Schreuer, 2012).

Esta estabilidad no es absoluta y el inversor puede sufrir daños que no tienen que ser compensados por el Estado receptor. Así ocurrió en el caso de *Sea-Land* en el tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, en el cual se concluyó que hubo problemas en las instalaciones portuarias de la empresa; pero que estos no fueron suficientes para probar la existencia de una expropiación. Lo anterior sucede debido a que Irán se encontraba en medio de una revolución, y no fue capaz de apoyar correctamente el funcionamiento de las instalaciones portuarias de *Sea-Land*. Por tal motivo la inestabilidad política ocasionó un daño al inversor extranjero, al cual se le paralizó la operación portuaria. Pero en ese caso dicha interferencia no fue equivalente a una expropiación de

la inversión, pues los hechos no fueron discriminatorios y el Estado receptor se encontraba en una situación de emergencia. Por lo que era previsible para el inversor que el Estado no pudiera apoyar las operaciones en su puerto (Reinisch, 2008).

La protección se refiere al derecho que tiene el inversionista de recibir amparo por parte del Estado receptor de la inversión. Esto significa el Estado se obliga a proteger al inversor de acciones propias o de terceros, que puedan interrumpir el uso y el goce de sus derechos como inversores (Dolzer & Schreuer, 2012). La obligación no solo se refiere a la acción de medidas policivas para la protección del capital, también se refiere a las omisiones del Estado para actuar frente a tercero. (Grierson-Weiler & Laird, 2008).

En este apartado es importante resaltar el caso de *Amco vs. Indonesia* en el CIADI, en donde se encontró culpable al Estado por no brindar la protección oportuna a la inversión, y permitir una expropiación indirecta de facto ⁷ a favor de un tercero. Lo que conllevó a una pérdida material de la inversión, y causó una compensación e indemnización a favor del inversor, debido a la falta de protección por parte de Indonesia, frente al actuar de un tercero y de sus fuerzas militares (Reinisch, 2008).

Los casos en Argentina fueron drásticos en cuanto a los fallos de los tribunales, pues no tuvieron en cuenta la capacidad de pago del gobierno argentino luego del “Corralito” ⁸. Algunos inversores querían llevarse sus activos fuera de Argentina, y el gobierno no les permitió hacer los cambios de moneda necesarios, pues el peso argentino tuvo problemas de devaluación. Esto generó que el Estado fuera condenado a pagar a los inversores extranjeros, el costo de sus inversiones en dólares,

⁷ Término usado para definir las expropiaciones indirectas realizadas de manera arbitraria.

⁸ Políticas adoptadas por el gobierno argentino a principios del siglo XXI, en donde se restringió la circulación de la moneda, lo que generó una crisis económica y la devaluación excesiva del peso argentino.

en perjuicio de los inversores nacionales los cuales no fueron compensados adecuadamente, y del país entero el cual se encontraba en una profunda crisis (Van Harten, 2007).

Por estas razones es importante tener en cuenta el principio del TJE en materia de expropiación indirecta, pues es posible que la inestabilidad o una desprotección de un Estado, pueda causar una interferencia tal con los derechos de un inversor, que ocasione un fenómeno equiparable a una expropiación indirecta. Esto causa que el Estado receptor de la inversión sea obligado a pagar una compensación, por haber incumplido el TJE y su deber de proteger a los inversores extranjeros.

1.1.2.3. Transparencia

Esta manifestación del TJE significa que el Estado tiene la carga de ser claro en sus acciones, tiene la obligación de ser coherente y transparente con sus normas internas, y las que les aplica a los inversores. Es por esto por lo que sus decisiones y pronunciamientos deben tener como base el ordenamiento jurídico, evitando confusiones y contradicciones, que puedan generar perjuicios a los inversores extranjeros (Dolzer & Schreuer, 2012).

Es muy importante mencionar que, en temas de impuestos la falta de transparencia no siempre genera una violación al TJE, y menos una expropiación indirecta. En el caso de *Feldman vs. Estados Unidos Mexicanos* el tribunal concluyó, que existió una falta de transparencia por parte de las autoridades en materia de impuestos, pero que dicha confusión era algo normal en los sistemas normativos tributarios de todos los países. Por esta razón encontró que no le fue violado el TJE al inversor, y mucho menos que existiera una expropiación indirecta, debido a las complejidades de los sistemas tributarios y de impuestos, lo cual no puede ser atribuido a la falta de transparencia del Estado receptor (Reinisch, 2008).

Pero por otro lado, uno de los casos más significativos fue el de *Metalclad*, en donde el Estado mexicano, específicamente el gobierno federal, permitió la construcción de un lugar para el procesamiento de residuos peligrosos. Otorgándole los permisos necesarios y explicándole al inversor de manera confusa que un permiso de construcción municipal era necesario para la construcción del lugar, pero que este sería expedido sin ningún problema, pues no existía ningún impedimento para que el municipio negara dicho permiso.

La empresa realizó todos los trámites para solicitar el permiso ante el municipio de Guadalcázar, convencida por lo que habían dicho los funcionarios oficiales del gobierno mexicano de que ese permiso sería concedido. El municipio retardó de manera injustificada el permiso, y finalmente expidió una resolución que declaraba zona de protección ambiental el lugar, ordenando demoler la planta de procesamiento de residuos peligrosos. El actuar del Estado mexicano fue poco transparente, en cuanto se generaron confusiones al inversor extranjero de los permisos que eran necesarios, y se expidió una norma que prohibía al inversor ejecutar su objeto social, cuando el gobierno federal ya había autorizado a *Metalclad* para operar. Esta fue la conclusión del tribunal que condenó al Estado mexicano por violar el TJE del inversor, y cometer actos que tenían como efecto una expropiación indirecta (Reinisch, 2008).

La transparencia se materializa en las relaciones de regulación del Estado frente a los inversores, y también en los contratos, sus cláusulas y las normas aplicables a estos (Dolzer & Schreuer, 2012). Es importante que los servidores públicos o agentes estatales sean claros en sus afirmaciones, para no generar falsas expectativas o problemas interpretativos a los inversores, que puedan ocasionar perjuicios a estos en la aplicación del ordenamiento jurídico. Por estas razones el Estado receptor tiene el deber de actuar de forma clara y acorde al ordenamiento jurídico interno, de esta manera protege al inversor extranjero de acuerdo con el DII.

1.1.2.4. Debido proceso

Otra manifestación del TJE es el debido proceso, este se materializa en los procedimientos judiciales y administrativos, en cuanto a los inversores se les debe permitir el acceso a la justicia. Además, los procesos deben seguir unas reglas establecidas en el ordenamiento jurídico interno, y deben permitir la defensa de ambas partes buscando la protección de las garantías mínimas (Dolzer & Schreuer, 2012).

Esto ha sido la base de varios fallos en los cuales se ha determinado que existió una lesión al derecho de un inversor por una actuación o regulación estatal. Si esta se aplica de manera no discriminatoria, buscando la protección del interés general y realizando un debido proceso, difícilmente se le reconocerá al inversor una violación al TJE, y menos aún una posible expropiación indirecta que tenga como consecuencia, el deber de compensar e indemnizar por parte del Estado. Esta conclusión fue dada por los árbitros en casos como *SD Myers vs. Canadá*, *Methanex vs. Estados Unidos*, y *Saluka vs. Republica Checa* (Dolzer & Schreuer, 2012).

Por lo tanto, el debido proceso debe regir la actuación de los Estados en materia regulatoria, contractual, sancionatoria, y específicamente en las actuaciones en las que pueda lesionar un derecho de un inversor extranjero (Reinisch, 2008). Esto con el fin de protegerlos, brindándoles un TJE y previniendo un trato discriminatorio. Es así como se evita violar obligaciones adquiridas a través del DII y desproteger los derechos del inversor extranjero al momento de realizar una expropiación indirecta.

1.1.2.5. Buena fe

La buena fe en materia de TJE es la voluntad con la que las partes realizan sus actuaciones, esto significa que los Estados y los inversores deben buscar no causarse daños, y utilizar los mecanismos jurídicos para el fin con el que fueron creados. En la buena fe es importante la

intención con la que se actúa, pero también los efectos que se causan con esa acción, esto es que realmente no se causen daños ni se lesionen derechos, y, se obre con buenas intenciones (Dolzer & Schreuer, 2012).

Como se mencionó anteriormente, existe una consecuencia lógica entre las expectativas legítimas y la buena fe. Esta es que el Estado receptor tiene la obligación de respetar las expectativas que le generó al inversor, en caso de evidenciar una posible afectación a esas expectativas, debe actuar con las mejores intenciones. Esto es buscar la manera de no interferir con la inversión, o en el peor de los casos resarcir el daño que pueda causar su actuación.

1.1.2.6. Libertad de coerción y hostigamiento

En el *case law* dado por los tribunales de arbitraje internacional, se ha determinado que la libertad de coerción y hostigamiento es el derecho que tienen los inversores a que los Estados no realicen actuaciones intimidatorias ni restrictivas, en el uso de la potestad regulatoria (Dolzer & Schreuer, 2012). También significa que el Estado no debe interferir utilizando la fuerza, en el curso normal de los negocios. Es decir, que en su actividad de policía debe respetar a los inversores, no realizando detenciones arbitrarias, intervenciones a las sociedades comerciales y demás actuaciones policivas, que puedan causar un perjuicio a la inversión (Grierson-Weiler & Laird, 2008; Reinisch, 2008).

Se puede confundir con la estabilidad y protección que el Estado debe brindar. Pero su diferencia radica, en que la interferencia es prohibida únicamente para el Estado y sus diferentes entidades, y no es una obligación frente a terceros. Pues la protección frente acciones de terceros, estaría incluida en la estabilidad y protección que se le debe brindar al inversor.

En el caso de *Biloune vs. Ghana* el tribunal de arbitraje concluyó, que el arresto, la deportación y la demolición del complejo hotelero por parte del ejército de Ghana, en contra del señor Biloune, constituyó una *creeping expropriation*. Pues el Estado coaccionó de tal manera al inversor, que este no pudo acceder materialmente a la administración de su inversión, además de demolerla. Este es un caso claro de violación al TJE que causó una expropiación indirecta, con el deber de ser compensada e indemnizada por el Estado receptor (Reinisch, 2008).

La libertad de coerción y hostigamiento es entonces el derecho del inversor a que el Estado receptor no realice actuaciones sobre su inversión, que le impidan acceder al inversor a sus activos o a utilizarlos de manera libre. Bajo este supuesto el Estado hace uso de la fuerza o de sus poderes policivos, los cuales solo se atribuyen a agentes estatales y no a terceros.

Conclusión

Los tribunales han aplicado el estándar del TJE de tal forma que su violación puede configurar una expropiación indirecta. El *case law* y las demás fuentes del derecho internacional han establecido categorías no taxativas, las cuales buscan velar por la protección a los derechos del inversionista. Lo anterior no es absoluto, dado que los laudos también le han dado suficiente espacio de regulación a los Estados, avalando su capacidad regulatoria que no da lugar a compensación alguna. El cumplir con las expectativas legítimas del inversor a través de actuaciones transparentes, libres de coerción, bajo un debido proceso, con buena fe, son actos que probablemente atraerán la inversión extranjera, y dependiendo de la interpretación del tribunal conllevarán una expropiación indirecta que será categorizada como legal.

1.2. Estándar de trato nacional

El TN es uno de los estándares de protección al inversor que se incluye en los supuestos de hecho referentes a la expropiación directa e indirecta en los APPRI (Marboe, 2006). Su violación lleva a

que el Estado sea responsable internacionalmente, y el inversor puede exigir una indemnización para resarcir los daños causados. Se define como la obligación radicada en cabeza del Estado a tratar al inversor nacional y al extranjero de forma no discriminatoria, es decir, “no menos favorable” al trato que recibe el inversor nacional (Dolzer & Schreuer, 2012).

Se ha encontrado que este estándar de protección, a diferencia del TJE, se plasma de forma homogénea en las cláusulas de los APPRI dado que es un estándar que se encuentra incluido en el derecho internacional consuetudinario (Van Harten, 2007). Esto explica por qué es un estándar de trato “más fácil” de aplicar. Sin embargo, presenta una dificultad al establecer la base comparativa para reclamar la discriminación (Dolzer & Schreuer, 2012).

El propósito de su inclusión en el supuesto de expropiación indirecta es evitar que los Estados receptores ejecuten medidas desfavorables dirigidas a los inversores extranjeros (Dolzer & Schreuer, 2012). Todas las cláusulas aplican una vez la inversión esté establecida, y frente a ámbitos contractuales y regulatorios (Van Harten, 2007). Como el supuesto de la expropiación indirecta surge a partir de la facultad regulatoria y soberana del Estado, se discutirá exclusivamente el ámbito regulatorio; esto es porque al hablar desde un punto de vista contractual se parte de la premisa que las partes están en igualdad de condiciones, por lo tanto, no sería posible que se diera una expropiación indirecta (Van Harten, 2007).

Algunos tribunales han hecho referencia a la jurisprudencia en sede del sistema multilateral de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) sobre el principio del trato nacional. Se cuestiona si es apropiada su aplicación en el contexto de los acuerdos de inversión (Dasgupta, 2013). Inicialmente se consideró que era posible utilizar la jurisprudencia para fundamentar las decisiones en sede del arbitraje internacional de las inversiones; esta tendencia ha sido revisada los últimos años a partir del caso *Occidental vs. Ecuador*. En este caso se estableció que el

propósito del trato nacional en el contexto de inversión extranjera era opuesto al establecido en el GATT en la OMC; es decir que el fin que tiene el sistema multilateral de la OMC es la liberalización del comercio (Van Den Bossche & Werner, 2013), cosa que es diferente a la protección de los derechos del inversor extranjero (Gálea & Biris, 2014).

Como se indicó anteriormente, uno de los problemas del estándar es su aplicación en la práctica. La base comparativa para indicar que se dio una vulneración frente al trato de los inversores nacionales es lo principal que debe acreditar el reclamante (Van Harten, 2007). Si bien se dice que su aplicación es exclusivamente objetiva (Dolzer & Schreuer, 2012), la determinación de la comparación es subjetiva; el tribunal establece si se discriminó al inversor a partir de diferentes variables, algunos ejemplos son: las condiciones económicas, geográficas o de mercado (Van Harten, 2007).

A continuación, se realizará su conceptualización al explicar sus diferentes manifestaciones, su aplicación en la práctica, y por último se hará referencia al caso colombiano y su posible violación a través de las disposiciones contenidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

1.2.1. Manifestaciones del estándar

La prohibición a la aplicación de medidas arbitrarias e irracionales por los Estados receptores de la inversión se encuentra plasmada en casi todos los acuerdos de inversión. Muchos de los acuerdos otorgan protección no solo contra las medidas arbitrarias e irracionales, pero también frente a la discriminación. Las cláusulas se formulan de tal forma que la protección se da ante un actuar arbitrario o discriminatorio, cosa que los tribunales han interpretado como la posibilidad de que se dé una violación al estándar con la mera acreditación de una de las dos variables (Heiskanen,

2007). Dado que la formulación es disyuntiva, cada término sugiere tener su propio alcance y significado, lo cual será estudiado en el presente acápite (Dolzer & Schreuer, 2012).

1.2.1.1. Discriminación

El derecho internacional general no establece una obligación de darle un trato igualitario a todos los extranjeros en materia comercial. Sin embargo, en el marco del DII si es posible contemplar este tipo de obligación de otorgar un trato igualitario (Gálea & Biris, 2014). Esta significa la prohibición de medidas que pueden diferenciar *de iure* por la nacionalidad y también *de facto* pero solo con base en la nacionalidad de los reclamantes (Dasgupta, 2013). Por lo anterior, la discriminación se puede materializar de diferentes formas.

La discriminación no necesariamente tiene que provenir de un actuar ilegal del Estado. En el tribunal de *Lauder vs. República Checa* se indicó que las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, legales, pueden discriminar al inversor extranjero. La violación del estándar a partir de la discriminación ha considerado dos puntos coyunturales, los cuales se discuten a continuación:

Primero, la base comparativa de la discriminación alegada; es una pregunta crucial al intentar configurar la discriminación sobre un actuar estatal. ¿Con qué grupo se debe comparar al inversor para determinar que fue discriminado por el Estado? ¿A partir del tipo de actividad mercantil que realiza el inversor se compara con los demás? ¿A partir del gremio al que pertenecería? Todas las preguntas anteriores deben ser consideradas por el tribunal (Dolzer & Schreuer, 2012).

Los tribunales deben decidir hasta dónde van a llevar el alcance del análisis comparativo, dado que puede variar en cada caso concreto. Se recalca que es carga del inversor indicar que lo están discriminando y frente a quién, es por esto que él lo debe acreditar. Pero, ¿debe demostrar que el

trato menos favorable refleja un patrón de conducta en el trato por el Estado al grupo de inversores extranjeros en sentido amplio? ¿puede la violación surgir de las circunstancias ocurridas a un solo inversor extranjero? De una lectura restringida de las distintas normas contenidas en los diferentes APPRI el inversor debería probar que el trato menos favorable no era un hecho aislado; de una lectura amplia, el Estado viola el principio cuando trata al inversor de una forma menos favorable que un inversor nacional específico en un caso concreto (Van Harten, 2007).

Los tribunales han argumentado el trato discriminatorio a partir de diferentes bases comparativas (Van Harten, 2007). Algunos han establecido como base comparativa el trato otorgado a las sociedades que ejecutaban actividades económicas similares; otros tribunales han ampliado la base a partir de la comparación con incluso otros sectores de la economía. La mayoría cita el tribunal de *Enron* en el que se tomó como base diferentes sectores de la economía a la que pertenecía el inversor extranjero. En este no se encontró que hubo discriminación, dado que no hubo un trato “caprichoso, irracional o absurdamente diferenciado en el tratamiento establecido por el demandante comparado con otras entidades o sectores” (Dolzer & Schreuer, 2012).

Los tribunales no han llegado a una decisión uniforme sobre qué variables se deben utilizar; todo dependerá de la carga argumentativa y probatoria del reclamante. Este debe introducir las variables que considera tienen en común el inversor extranjero y el nacional, y frente a éstas el trato menos beneficioso que se generó.

El segundo punto coyuntural discute sobre la necesidad de probar la intención de discriminar al inversor extranjero. Los tribunales han preferido realizar el análisis a partir de un punto de vista objetivo, examinando el efecto que tuvo la medida. Sin embargo, múltiples tribunales también consideran los móviles que tenía el Estado para aplicar la medida que posiblemente sea

discriminatoria. Depende de la postura que adopte el tribunal, las cuales fueron descritas en la introducción de este texto, estas son: *sole effects doctrine* y *police power doctrine*.

Por lo anterior, si el tribunal adopta una postura que se basa en la *sole effects doctrine* se fijará en el efecto de la medida, y si ésta le dio un trato menos favorable al inversor. Por otro lado, si el tribunal utiliza la *police power doctrine* entrará a ponderar si la medida era idónea para satisfacer el interés general; si se afirma lo anterior, la medida no es discriminatoria y se justifica a partir de los poderes policivos del Estado.

Es sustancial determinar la base comparativa para encontrar si se discriminó al inversor extranjero con la aplicación de la medida. Cada acuerdo plasma de forma diferente la obligación de no discriminación, y los tribunales la han interpretado de forma amplia. Los árbitros realizan una interpretación amplia del artículo con la intención de poder evaluar todas las variables, jurídicas y fácticas, que rodean el caso. Es por medio del análisis de un marco amplio que el tribunal puede determinar si se discriminó al inversor extranjero a partir de un trato menos favorable comparado con el que se le otorgó al inversor nacional.

1.2.1.2. Arbitrariedad

La prohibición de un trato arbitrario pertenece a los estándares clásicos contenidos en los acuerdos de inversión. Los tribunales han definido el trato arbitrario a partir de diferentes vías; una de ellas es a partir del significado ordinario de la palabra, mientras que otros se han acogido a la definición dada en laudos anteriores. El trato arbitrario se radica sobre la intención del Estado y la previsibilidad de la aplicación de la medida que recae sobre el inversor extranjero (Dolzer & Schreuer, 2012).

Según Dolzer y Schreuer (2012), la doctrina y algunos tribunales han aceptado las siguientes categorías como medidas arbitrarias:

- 1) Una medida que le causa un daño al inversor y no tiene como objetivo algún fin legítimo.
- 2) Una medida que se basa en la subjetividad y el prejuicio usando el poder discrecional estatal, la cual además no está basada en el ordenamiento jurídico del Estado receptor.
- 3) Una medida cuyo motivo de aplicación es diferente al declarado por el Estado.
- 4) Una medida tomada sin atender a las normas derivadas del debido proceso.

En sede del trato arbitrario se ha discutido sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales y la discrecionalidad. Pero algunos tribunales tales como el de *Duke Energy vs. Ecuador* fallan que el no cumplimiento de las obligaciones contractuales entre el inversor y el Estado no son suficientes para violar el estándar. Sin embargo, se recalca que cada caso debe ser analizado por separado, dado que si se puede dar una violación al estándar si el Estado utiliza su poder soberano para interferir en los derechos contractuales del inversor (Dolzer & Schreuer, 2012). El tribunal deberá ponderar qué tan necesaria era la medida; para esto se ha utilizado el test de proporcionalidad empleado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (López Escarcena, 2014).

En conclusión, el Estado contrae una obligación en los APPRI que lo hace responsable ante daños que pueden surgir de la aplicación de medidas arbitrarias, manifestación que se desprende del estándar del TN. Dependiendo de cada caso se evalúa qué tanto afectó la medida arbitraria al inversor, y a partir de ello se puede determinar si se constituyó una expropiación indirecta ilegal. Los elementos que componen el trato arbitrario por lo tanto pueden ser catalogados como el que el Estado haya tenido una intención hostil, adversa, y también se evalúa si la actuación fue proporcional a lo que se quería obtener (Dolzer & Schreuer, 2012).

En resumen, los acuerdos de inversión son redactados de tal forma que el estándar de protección del trato nacional protege al inversor de actuaciones estatales arbitrarias o discriminatorias. Esta formulación ha sido interpretada por los tribunales como una disyuntiva, esto quiere decir que solo es necesario acreditar la arbitrariedad o la discriminación para fundamentar la violación del estándar.

Cada uno de los términos fue analizado; de estos se puede concluir que la arbitrariedad habla sobre actos subjetivos, perjudiciales y basados en el poder discrecional del Estado. Estos se encuentran por fuera del ordenamiento jurídico y sin la toma de un debido proceso. No es necesario que se den todos los elementos para configurar un actuar arbitrario, los tribunales han creado una lista enunciativa que contiene algunos supuestos que al satisfacerse constituyen el trato arbitrario.

Frente al trato discriminatorio, este se plasma de forma diferente en cada acuerdo, y ha sido interpretado de forma amplia por los tribunales. Los tribunales resaltan la importancia de interpretar en un sentido amplio el artículo para evaluar todas las variables fácticas y jurídicas que se dieron en el caso concreto. Solo así puede determinar la base comparativa y si hay suficientes factores en común entre el inversor nacional y el extranjero para acreditar la discriminación.

1.2.2. Aplicación del estándar

Los tribunales y la doctrina analizan con tres pasos si se respetó el estándar. Los pasos son: 1) se debe determinar si el inversor extranjero y el nacional sí están en las mismas circunstancias para compararse; 2) debe determinarse si el tratamiento otorgado al inversor extranjero es por lo menos favorable conforme al trato otorgado al inversor nacional; 3) en caso de un trato menos favorable, se debe analizar si la diferencia estaba justificada (Dolzer & Schreuer, 2012). A continuación, se revisa cada uno:

1.2.2.1. Base comparativa -están bajo circunstancias similares-

El primer paso que debe realizar el tribunal es identificar si el inversor nacional, al que se alega que se trató mejor, efectivamente puede ser comparable con el inversor extranjero. Aquí el tribunal evaluará si se encuentran, por ejemplo, en el mismo sector económico o tienen el mismo giro ordinario de los negocios. Posterior a esto debe definir qué significa cada una de las variables utilizadas en la base comparativa (Dolzer & Schreuer, 2012).

Los tribunales han sido cuidadosos de crear una línea argumentativa a través de los laudos con la que el estándar deba ser interpretado de forma amplia. Esto es importante dado que recalcan que se deben tener en cuenta todas las variables, fácticas y jurídicas incluidas en el acuerdo que se utilice, para decidir si se dio una vulneración. En otras palabras, el marco debe ser amplio en aras de que se evalúe completamente la situación que da lugar al trato menos favorable (Dolzer & Schreuer, 2012).

Por lo tanto, el reclamante debe acreditar si hay variables en común entre el inversor extranjero y el nacional. Posterior a esto el tribunal evalúa la existencia de una diferenciación en la cual se haya tratado menos favorable al inversor extranjero y que no esté justificada.

1.2.2.2. La existencia de una diferencia

En este paso el tribunal debe determinar si el trato que se otorgó fue diferente al concedido al inversor nacional. Partiendo del hecho de que no todas las diferencias en el trato son discriminatorias (Gálea & Biris, 2014), ha de considerarse que no toda violación al estándar ocurre por la diferenciación en la nacionalidad. El trato discriminatorio se basa en un trato menos favorable, así el Estado receptor no haya tenido la intención de dirigir la medida específicamente a los que ostentan la calidad de extranjeros (Dolzer & Schreuer, 2012).

Las medidas que son diferenciales y menos favorables pueden surgir con la intención o no del Estado. Aun así, los tribunales habitualmente prefieren un acercamiento objetivo a lo que parecen ser las consecuencias de una medida particular, y no a la intención discriminatoria. Esto se establece en el tribunal de *Siemens vs. Argentina*, en donde se decidió que la intención no es decisiva o esencial para determinar si hubo discriminación. Lo determinante es el impacto de la medida en la inversión como factor principal para establecer si se dio como resultado de un actuar diferenciado (Dolzer & Schreuer, 2012).

El que el tribunal analice el móvil del Estado o el resultado depende de la doctrina que adopte y de la posibilidad de que el inversor lo logre acreditar (Dolzer & Schreuer, 2012). Fueron referenciadas las doctrinas en la introducción de la presente, y estas difieren en que la *sole effects doctrine* analiza los efectos de la medida, mientras que la *police power doctrine* si examina los móviles.

Es por ello que este es el segundo paso que debe entrar a considerar el tribunal frente a la diferenciación y si es esta es menos favorable a la del inversor nacional. Lo anterior depende de la doctrina que adopte el tribunal, ya sea con la *police power doctrine* o con la *sole effects doctrine*.

1.2.2.3. ¿Existe una justificación para la diferenciación?

Aunque gran parte de los tratados no lo establecen explícitamente, la tendencia mayoritaria acepta que la diferenciación pueda justificarse (Gálea & Biris, 2014). No toda discriminación es negativa, y puede estar encaminada a satisfacer el interés general (Dolzer & Bloch, 2003). Aun así, no hay un criterio uniforme con la cual se establezca qué actuaciones están justificadas, pero si ha habido casos en los que se ha logrado defender el actuar del Estado.

En los tribunales de *SD Myers vs Canadá* y *Pope & Talbot vs Canadá*, regidos por el antiguo NAFTA, partieron del análisis del móvil del Estado y si este fue discriminatorio. Tanto estos tribunales como el de *Thunderbird vs. México* indicaron que el análisis de las circunstancias que presuponen la supuesta discriminación debe incluir las variables que pueden llegar a justificar la regulación del Estado, en donde el uso de un trato diferenciado se da para proteger un interés público (Dolzer & Schreuer, 2012). En estos el Estado justificó su actuar, y en el caso de *Pope & Talbot* y el de *Oscar Chinn*, tanto los tribunales arbitrales como en su momento la Corte Permanente de Justicia Internacional, reconocieron que los Estados pueden argumentar una justificación racional para el trato diferenciado (Dasgupta, 2013).

No existe ni siquiera una lista enunciativa que permita precisar las actuaciones estatales justificadas. Aun así, es importante recalcar que los acuerdos implícitamente reconocen esta posibilidad, la cual sí se ha dado en el marco del arbitraje internacional de inversiones.

De lo anterior se puede concluir que los tribunales han utilizado tres pasos para abordar la discusión de los actuares estatales menos favorables para el inversor extranjero. Para que se dé la aplicación del estándar del TN en la práctica el tribunal debe evaluar si el inversor extranjero, quien debe acreditar la diferenciación menos favorable, efectivamente fue discriminado frente a los inversores nacionales. En este ámbito el tribunal debe establecer la base comparativa, y además indicar si efectivamente hubo un trato menos favorable, el cual no se pueda justificar.

1.2.3. Caso colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano se incluye en la Ley 80 de 1993, específicamente el artículo 20, la reciprocidad en los procesos de contratación. Esto es que los contratistas de origen extranjero gozarán de las mismas oportunidades que los nacionales; siempre y cuando en el país de origen de los extranjeros se les dé el mismo trato a los contratistas colombianos. Esto nos lleva

a entender que se puede presentar una discriminación a favor de los contratistas nacionales, incumpliendo los APPRI suscritos por Colombia. Lo anterior sucede porque para el reconocimiento del TN no es necesario que exista ningún tipo de reciprocidad, solo basta con la suscripción del tratado o acuerdo.

El artículo 21 de la Ley 80 de 1993 reafirma la discriminación que puede presentarse en materia de contratación estatal. Expresamente consagra: “En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.” Esto es incongruente con el TN y con el artículo 2.2.1.2.4.1.3.⁹ del Decreto reglamentario 1082 de 2015. Por esto debemos indicar en este trabajo de grado que existen normas en el ordenamiento jurídico interno, las cuales no están armonizadas con los estándares de protección del derecho internacional de las inversiones; que pueden ocasionar daño a los inversores extranjeros y generar una responsabilidad internacional del Estado colombiano, por darle un tratamiento menos favorable que el de un inversor nacional.

Otra norma es la de las Mipyme regulada en el artículo 2.2.1.2.4.2.2. del Decreto 1082 de 2015, en donde se pueden reservar algunos procesos contractuales a pequeñas y medianas empresas de origen nacional; al igual que la anterior norma, esta puede constituir una posible violación al estándar de TN, aunque la motivación es la de impulsar las empresas más pequeñas de origen nacional. Por lo que los tribunales dependiendo de su posición frente a la *police power o sole effects doctrine*, harán el análisis que corresponda en cada caso, y justificarán la discriminación o condenarán al Estado colombiano.

⁹ Artículo 2.2.1.2.4.1.3. Existencia de trato nacional. La Entidad Estatal debe conceder trato nacional a: (a) los oferentes, bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales Colombia tenga Acuerdos Comerciales, en los términos establecidos en tales Acuerdos Comerciales; (b) a los bienes y servicios provenientes de Estados con los cuales no exista un Acuerdo Comercial pero respecto de los cuales el Gobierno Nacional haya certificado que los oferentes de Bienes y Servicios Nacionales gozan de trato nacional, con base en la revisión y comparación de la normativa en materia de compras y contratación pública de dicho Estado; y (c) a los servicios prestados por oferentes miembros de la Comunidad Andina de Naciones teniendo en cuenta la regulación andina aplicable a la materia.

En resumen, en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en su Estatuto de Contratación, se pueden identificar diferentes disposiciones que al aplicarse violarían el estándar del TN. Es importante que el Estado conozca del TN y las obligaciones que se desprenden de este para no vulnerarlo a partir de la aplicación de las anteriores disposiciones.

Conclusión

El TN es un estándar de protección incluido en los APPRI con el cual se busca obligar a que el Estado le otorgue al inversor extranjero un trato no menos favorable que al inversor nacional. Este se manifiesta a través del trato discriminatorio o arbitrario del Estado.

El trato arbitrario es cuando el Estado se manifiesta frente al inversor sin adherirse al ordenamiento jurídico, de forma hostil y adversa, abusando del poder. El trato discriminatorio es cuando el Estado le otorga un trato más favorable al inversor nacional basado en motivos subjetivos; dentro de este es problemática la definición de la base comparativa. Estas manifestaciones del estándar no deben ser entendidas de manera absoluta, pues en cada caso debe analizarse tanto los efectos de la medida como los móviles para la aplicación de un acto discriminatorio.

Si bien sobre su configuración hay más o menos un consenso, los tribunales mayoritariamente han utilizado tres pasos para determinar si la medida violó el estándar de protección del TN. El tribunal debe: 1) determinar si el inversor nacional y el extranjero están bajo circunstancias similares que se pueden comparar; 2) indicar si el trato efectivamente fue menos favorable al del inversor extranjero; 3) establecer que este trato que sí fue diferenciado y menos favorable no estaba justificado.

Es importante recalcar que, en el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente en el Estatuto Colombiano de Contratación Estatal, hay disposiciones que al aplicarse discriminarían al inversor

extranjero. Estas disposiciones deben ser armonizadas por las entidades del Estado al conocer y aplicar los acuerdos de inversión que hayan sido suscritos entre el Estado colombiano y el Estado del inversor extranjero. De no realizar lo anterior, el Estado colombiano violaría el estándar y deberá entonces indemnizar al inversor extranjero.

Conclusión del capítulo 1

Se puede concluir de este capítulo que la vulneración de los estándares de protección a la inversión da lugar a que el Estado receptor de la inversión deba resarcir los daños causados. En el caso específico de la expropiación indirecta se parte de la potestad otorgada al Estado, positivizada a través de los APPRI. Esta potestad se ve limitada por elementos contenidos en los mismos artículos; consiste en que la potestad solo puede ser ejercida siempre y cuando: 1) se persiga el interés general; 2) no se discrimine; 3) sea con un debido proceso; y 4) le sea pagada la compensación pronta, adecuada y efectiva al inversor extranjero.

De la imposibilidad de crear un precedente jurisprudencial en el arbitraje internacional de las inversiones, surge la necesidad de analizar cuál es el contenido y alcance de los estándares presentados en el supuesto de hecho. Dado que se habla de no discriminación, esta se identifica como una manifestación del estándar de TN; por otro lado, el elemento del debido proceso se identifica como una de las manifestaciones del estándar del TJE. Este es ampliamente utilizado y se le ha dado mucho más contenido que solo el debido proceso, por ello se examinaron sus diferentes manifestaciones.

El TJE consiste en el estándar que surge del principio de la buena fe, por medio del cual se otorga seguridad jurídica al inversor a través de la protección de sus expectativas legítimas. A continuación, las diferentes manifestaciones del estándar del TJE: 1) Las expectativas legítimas obligan a que el Estado actúe de forma racional, coherente y transparente. Sin embargo, se recalca

que las expectativas deben ser racionales, no se puede esperar que el Estado no vuelva a regular, o establecer medidas tributarias; 2) la estabilidad y protección de la inversión, la cual se refiere al equilibrio que espera que exista el inversor en el Estado receptor; 3) transparencia, es la carga del Estado de ser claro y coherente en su actuar; 4) debido proceso, el cual se materializa en los procesos judiciales y administrativos; 5) buena fe, es el actuar bien intencionado de las partes; y 6) libertad de coerción y hostigamiento, es el derecho del inversor a que el Estado no realice actuaciones que le impidan acceder a sus derechos a través del uso de la fuerza o sus poderes policivos.

El TN es el estándar que surge del derecho internacional consuetudinario, este protege al inversor al exigirle al Estado que su trato sea igual o mejor al de los inversores nacionales. Es decir, la protección se radica en el control de medidas arbitrarias, irracionales y discriminatorias. Su aplicación es más estandarizada, a diferencia del TJE, la dificultad de éste yace en la determinación de la base comparativa al momento de determinar si hubo discriminación.

Dado que su formulación usualmente es disyuntiva (trato arbitrario o discriminatorio) se abordó cada término por aparte. La discriminación es la obligación de otorgar un trato igualitario, es la prohibición de medidas que puedan diferenciar *de iure* o *de facto* al inversor. La prohibición de arbitrariedad protege al inversor de actos subjetivos y perjudiciales que están basados en el poder discrecional del Estado.

Se habló además del caso colombiano y cómo hay diferentes disposiciones en este que de interpretarse de forma aislada al estándar del TN llevarán a que en su aplicación este sea vulnerado. Por ello, las entidades deben conocer de los estándares de protección a la inversión, y armonizar el ordenamiento jurídico interno con estas obligaciones. De lo contrario, el Estado es responsable internacionalmente ante su vulneración.

Por lo anterior, se puede concluir que estos son los elementos que hacen parte del supuesto de hecho de la expropiación indirecta en la inversión extranjera, de los cuales se extrae su carácter difuso. Los estándares de protección a la inversión aún son amplios, y dependerá de cada caso concreto el contenido que se les otorga; sin embargo, hay jurisprudencia internacional, la cual no es vinculante, pero cuyos argumentos son acogidos por los tribunales para fallar. Es a partir de las características mencionadas que se resalta la importancia de que las entidades públicas conozcan de estas obligaciones internacionales contenidas en los APPRI; de lo contrario, si no se armoniza el ordenamiento jurídico interno con ellas, el Estado colombiano será responsable internacionalmente. Las consecuencias jurídicas que se derivan a partir del supuesto de la expropiación indirecta serán analizadas en el siguiente capítulo.

2. Consecuencia jurídica

El segundo capítulo comienza con la explicación de responsabilidad internacional, pues es la consecuencia jurídica de la violación de los estándares de protección o de una expropiación. Es importante explicarla pues, aunque tenga similitudes con la responsabilidad civil del derecho privado y la responsabilidad estatal, no todos los conceptos ni las fuentes son las mismas.

La responsabilidad internacional de los Estados como se conoce actualmente tiene un desarrollo histórico del siglo XX. Uno de los laudos base de esta es el del caso de la fábrica *Chorzow*, en el que se establecieron varios principios de responsabilidad internacional como el de reparación total. Estos han sido la base para los fallos de los tribunales que deciden sobre las disputas de DII, lo cual se evidencia en el *case law*. Antes de este fallo la práctica usual en el derecho internacional era utilizar las vías diplomáticas entre los países, para resolver los conflictos entre uno de sus nacionales y un país receptor de la inversión. En el caso de que estas fracasaran se podía llegar a usar la fuerza para obligar a la reparación de los nacionales a los que se les había desconocido sus derechos (Alvarez, 2011).

La Organización de Naciones Unidas adoptó mediante la Resolución 56/83 del 12 de diciembre de 2001 de la Asamblea General los Articles of Responsibility of States International Wrongful Acts, ARSIWA por sus siglas en inglés. Actualmente este es el instrumento base de la responsabilidad internacional de los Estados, y abarca todas las obligaciones que los Estados adquieran internacionalmente y su posible vulneración. Si bien la Resolución es *soft law*, esta es una manifestación del proceso de recopilación y codificación de la Comisión de Derecho Internacional de la normatividad consuetudinaria vigente. Algunos principios del caso de la fábrica *Chorzow* hacen parte de la codificación, como lo es el principio de reparación total. En el

subcapítulo de Responsabilidad del Estado se explicará más a fondo su contenido, y porqué es relevante para el DII.

La responsabilidad internacional es muy importante cuando se habla de TJE, TN y expropiación. Esto se debe a que así se puede entender y prever la consecuencia jurídica de la expropiación indirecta legal e ilegal. Este tipo de responsabilidad se explicará antes que las cláusulas exorbitantes, pues se pretende que al momento de leer el caso colombiano concreto se tenga conocimiento pleno del derecho internacional aplicable. De esta manera se pretende analizar y explicar la consecuencia jurídica de la violación de los estándares de protección en el marco de la expropiación indirecta.

Realizar una comparación entre las normas del derecho interno y las del DII es relevante ya que las disputas internacionales de Colombia frente a inversores extranjeros han aumentado en los últimos años. También es pertinente mencionar que este tema debe ser conocido por los funcionarios públicos de todas las entidades nacionales, departamentales y municipales, los cuales tengan la facultad de expedir actos que puedan afectar inversores extranjeros; puesto que para el derecho internacional el Estado es uno solo sin importar su denominación interna.

En la segunda parte de este capítulo se explicará en qué consiste cada cláusula exorbitante y luego se hará una comparación entre estas, los estándares de protección a la inversión extranjera, y una posible expropiación. Se escogieron las facultades exorbitantes de los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 debido a que son las cláusulas en las que existe unanimidad sobre si son excepcionales o no. En algunos otros poderes exorbitantes se discute si realmente son diferentes a lo que pueden pactar los particulares en el derecho privado. En concreto el pacto de multas o de cláusulas penales no es obligatorio, y su imposición mucho menos. Por el contrario, las cláusulas de los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993 son obligatorias en los contratos que “tengan por objeto el ejercicio de

una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra”.

Desde 1993 el Estatuto General de Contratación ha sufrido varios cambios, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1474 de 2011 y algunos decretos reglamentarios. Esto conlleva a que la literatura sobre el tema cambie constantemente. Por esto las fuentes consultadas para el caso colombiano deben ser muy recientes. Este trabajo busca hacer una comparación entre las cláusulas exorbitantes del derecho colombiano y el DII, por lo tanto, no se tuvo en cuenta autores extranjeros sobre el tema, aunque es importante resaltar que los autores Dávila Viñueza y Expósito Vélez los incluyen como referencia en sus textos.

Este capítulo tiene dos objetivos que se buscan realizar para contestar a la pregunta problema, son: 1) analizar cuál es la consecuencia jurídica de la violación de los estándares del TJE y el TN, al realizarse una expropiación indirecta, para determinar cómo se resarce el daño; y 2) comparar la configuración de los estándares, en el marco de la expropiación indirecta en la inversión extranjera, con la aplicación de las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, para identificar qué tan posible resulta la vulneración de los estándares internacionales. Lo anterior para determinar qué elementos hacen parte de la consecuencia jurídica del fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera.

2.1. Responsabilidad del Estado

La responsabilidad internacional del Estado proviene de la violación de las obligaciones internacionales adquiridas por éste. En este trabajo de grado se analizará la responsabilidad estatal frente a las obligaciones obtenidas por Colombia en el marco del DII, en específico el caso de la expropiación indirecta. Esto es con la intención de tener más claridad sobre las consecuencias jurídicas que surgen a partir de la satisfacción del supuesto de hecho contenido en los APPRI de

expropiación. El ARSIWA contiene las consecuencias jurídicas de violar las obligaciones, por esta razón es el documento base de la responsabilidad internacional de los Estados. El artículo 1 establece que: “Hay un acto jurídico ilegal internacional por parte del Estado cuando la conducta, que consiste en una acción u omisión: a) es un atributo del Estado en el marco del derecho internacional; y b) constituye una violación a una obligación internacional del Estado” (Crawford, 2013).

La violación de las obligaciones internacionales, específicamente de los estándares de protección puede causar daños y perjuicios a los inversores. En estos casos es muy importante distinguir entre daño y perjuicio en las demandas y en el laudo. Esto debido a que la consecuencia jurídica de cada uno es diferente, por lo que en el caso de que se causen daños no necesariamente se tienen que reparar estos de manera económica (Crawford, 2013).

Esto sucede porque los árbitros al decidir deben atribuir la responsabilidad del Estado frente a un hecho, y además obligar a reparar al inversor extranjero. Dependiendo de cada caso concreto y de las pruebas que logren acreditar los daños y los perjuicios. Es muy importante que en estos casos se dé una solución al inversor extranjero, en la que la decisión reconozca los perjuicios que le fueron causados y estos sean reparados completamente. También es importante que los daños que no causaron una afectación económica o no puedan ser valorados sean resarcidos (Crawford, 2013).

A continuación, se explicará en qué consiste cada solución, las cuales se encuentran reguladas en el artículo 30 y siguientes del ARSIWA. El Estado puede ser obligado a reparar al inversor y a cesar su actuación.

La reparación es un principio que se fundamenta en la decisión tomada por la Corte Permanente de Justicia en el caso *Chorzow*. Además, se encuentra plasmada en el artículo 31 del ARSIWA. Esta consiste en eliminar todas las consecuencias causadas por el actuar ilegal del Estado, en donde se debe reestablecer la situación, como si dicha actuación no hubiere existido, eliminando todas sus consecuencias negativas. Se compone de la restitución, la compensación y la satisfacción, las cuales pueden combinarse para resarcir los daños causados a un inversor extranjero (Crawford, 2013).

La restitución se encuentra en el artículo 35 del ARSIWA, es la obligación de reestablecer la situación al estado anterior a la violación de la obligación internacional. Esto quiere decir que solo se debe volver al momento anterior al acto ilegal del Estado, pero no comprende la obligación de compensar las ganancias futuras. En la práctica puede confundirse con la cesación, pues pueden causar los mismos efectos para el inversor, pues lo que en realidad se esperaba era que el Estado cesara su conducta. La restitución no siempre es posible, y en algunos casos se debe utilizar otra manera de reparación como consecuencia de la violación (Crawford, 2013).

La compensación es la obligación de resarcir todos los daños causados por el Estado, y se encuentra estipulada en el artículo 36 del ARSIWA. En este caso se deben pagar los daños que pueden ser cuantificados económicamente. Los que no se puedan valorar se deben reparar a través de la satisfacción. Es importante la diferenciación entre daño y perjuicio debido a que el perjuicio es la valoración económica del daño, y no todos los daños pueden ser valorados económicamente. Esto genera consecuencias jurídicas diferentes, especialmente en la manera en la que se repara cada uno.(Crawford, 2013). Este concepto se desarrollará de manera detallada más adelante.

El artículo 37 del ARSIWA establece la satisfacción como una forma de reparación, esta es excepcional y solo opera cuando los daños no pueden ser reparados a través de la restitución o la

compensación. En dicho artículo se detallan varias maneras de satisfacción, las cuales pueden ser usadas por los tribunales, como estos crean más conveniente para cada caso en concreto. La satisfacción puede ser un pago en dinero, el cual tiene una fuente totalmente diferente a la compensación. Debido a que algunos daños pueden no ser cuantificables económicamente, y se utiliza este dinero para satisfacer el daño causado, no para compensarlo. Por esta razón se valoran de manera diferente a los perjuicios, en donde se utilizan métodos diferentes a los que se explicarán a continuación (Crawford, 2013).

La expropiación es una potestad radicada en cabeza del Estado receptor de la inversión. Esta potestad solo se puede utilizar para satisfacer el interés general; es por ello que en los APPRI se plasman límites a la potestad, para proteger los derechos de los inversores extranjeros. Por lo anterior, el Estado que desee expropiar debe hacerlo por motivos de interés general, debe compensar y respetar los estándares de TJE y TN del inversor extranjero. Si el Estado realiza correctamente la expropiación, es decir, respetando los estándares y compensando adecuadamente al inversor, será entonces legal su actuar. Por otro lado, si el Estado no compensa, viola el estándar del TJE o del TN, el inversor será acreedor de una indemnización además de la compensación.

El determinar el valor a compensar o correspondiente a los daños presenta múltiples dificultades. Irmgard Marboe (2006) identifica tres razones por las cuales se presentan inconvenientes en relación con el valor de la compensación:

Primero, la terminología en un campo donde prima la divergencia de lenguajes y culturas. La obligación de pagar una suma de dinero puede ser denominada “compensación”, “reparación”, “indemnización”, “daños”, pero al hablar de expropiación indirecta es necesario hacer la distinción entre lo que significa compensación como consecuencia de la expropiación legal, y la

indemnización como consecuencia a los daños sufridos por una expropiación ilegal (Marboe, 2006).

El uso indiscriminado de los términos ha dado lugar a múltiples confusiones. Se ha identificado que parte de la confusión proviene de la terminología empleada en el artículo 31 del ARSIWA, la cual habla de la “compensación” que se debe pagar para resarcir los perjuicios. La Comisión hace uso del término compensación, pero al hablar específicamente de la expropiación indirecta, al ser esta una potestad del Estado, el hecho de que surja la compensación no significa que se esté resarcido un daño. Por lo anterior, en el caso específico de la expropiación indirecta se hará uso de la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el caso *Chorzów*. Ésta resaltó la importancia de distinguir la consecuencia jurídica, y su valoración, de una expropiación legal e ilegal. Por lo tanto, según esta decisión frente a una expropiación legal debe compensarse el valor del activo al momento de la privación; y la consecuencia jurídica de la expropiación ilegal sería el resarcimiento del daño, ya que el actuar vulnera obligaciones internacionales o contractuales. En el caso particular de la expropiación indirecta, las obligaciones que se vulneran son de carácter internacional, ya que el TN y el TJE, no solo surgen del derecho internacional consuetudinario, sino que han sido positivizados a través de los APPRI (Wälde W. & Sabahi, 2008).

Segundo, el valor de un activo es subjetivo, depende de cada persona y qué importancia le otorgue. Para transformar una pretensión en números, es necesario identificar la definición de valor conforme a las normas jurídicas aplicables, algo que raramente han hecho los tribunales de arbitraje (Marboe, 2006). Es por ello que hay múltiples métodos para valorar la compensación y la indemnización; se debe identificar conforme al caso concreto el más adecuado para realizar el cálculo.

Por último, los principios de valoración económica pertenecen a disciplinas ajenas a la jurídica y de difícil comprensión para árbitros y jueces. Por lo anterior, aunque los valores sean presentados por expertos, que los árbitros, jueces y abogados entiendan los conceptos es esencial para valorar correctamente el activo y los daños. De lo contrario, hay riesgos de que sea compensado dos veces un activo (Marboe, 2006).

Conforme lo explicado, es importante otorgarle claridad a los dos tipos de consecuencia jurídica que se derivan de la expropiación indirecta. En el presente capítulo se busca esclarecer la consecuencia jurídica de la expropiación indirecta legal e ilegal bajo el supuesto de una violación de una obligación internacional, como el TN y el TJE.

2.1.1. Expropiación legal -compensación-

El derecho internacional ha considerado que el pago de la compensación a raíz de una expropiación es un requisito para que ésta sea legal; aún, cuando el pago de la compensación es el remedio frente a la expropiación indirecta legal. La expropiación es considerada legal cuando es realizada persiguiendo el interés general, sin vulnerar los estándares de protección del TJE y TN, y otorgándole al inversor la compensación respectiva (Wälde W. & Sabahi, 2008).

La compensación solo será exigible si se encuentra que efectivamente hubo una privación a la propiedad privada del inversor extranjero (Grierson-Weiler & Laird, 2008). El término “compensación” está ligado a los actos estatales que no son ilegales; es el deber que tiene el Estado de responder por el detrimento que le ha causado al administrado, y evita que con la privación se enriquezca ilícitamente (Wälde W. & Sabahi, 2008).

Frente a la necesidad de darse la compensación para que la expropiación se considere legal, no es realmente necesaria que se dé, esta puede ser pactada posterior al tribunal de arbitraje (Wälde W.

& Sabahi, 2008). Casos como el de *Goetz* muestran la flexibilidad que tienen los tribunales de arbitraje internacional de las inversiones para fallar; no es necesario que los laudos sean en términos monetarios exclusivamente, también se puede ordenar que el responsable realice una acción o una omisión. En el caso se falló que el actuar estatal había constituido una expropiación indirecta, pero el tribunal postergó su decisión sobre la compensación; le brindó el espacio a las partes para que negociaran el valor de ésta, y la posibilidad de que el gobierno considerara la reemisión de un certificado de zona franca.

El arbitraje internacional de las inversiones aún utiliza los argumentos que fundamentan el fallo del caso *Chorzów* frente a la compensación que se da a partir de la expropiación legal. Según la Corte Permanente de Justicia Internacional se debe compensar el valor del activo al momento de su privación. Este valor de la privación no se conforma por la cantidad que invirtió el dueño o el valor de los activos tangibles, este comprende el valor de las tierras, edificios, equipos, contratos, la buena fe, y las futuras expectativas (Marboe, 2006).

2.1.1.1. Valoración de la compensación

Como se estableció en la introducción de este capítulo, el que algo tenga valor es subjetivo, depende del sujeto que lo dé y las circunstancias. Por lo anterior, si se quiere valorar algo, debe hacerse conforme las variables que lo rodean. En el caso particular de la compensación ante la expropiación a los derechos del inversor extranjero, es aceptado por el derecho internacional consuetudinario, y positivizado en los APPRI que ésta debe ser por lo menos “apropiada” (Marboe, 2006). Los APPRI que contienen el estándar de compensación, aceptan que esta no solo sea apropiada sino también pronta y efectiva (Wälde W. & Sabahi, 2008). Además de lo anterior, es usual que expliquen la compensación y utilicen el estándar del valor justo del mercado como el adecuado para valor el activo ante la expropiación legal (Marboe, 2006).

Conforme lo anterior, el que la compensación debe ser adecuada equivale a que ésta sea como el valor justo del mercado. El valor justo del mercado se determina inmediatamente antes del momento en el que la privación del derecho ocurre, o que la decisión que afecta el derecho se volviera pública (Marboe, 2006). En la actualidad hay tres formas de determinar el valor justo del mercado:

La primera y más utilizada es según el fallo *Chorzow*: el valor justo del mercado es una situación hipotética donde el precio, expresado en términos pecuniarios, es el que sería utilizado para vender el activo a un comprador hipotético por un vendedor hipotético. Lo anterior en un mercado no regulado, donde ninguna de las partes está obligada a vender o comprar, y tienen conocimiento razonable de las variables relevantes de la compraventa. Este valor se podría definir como objetivo, ya que es fijado por un tercero (Marboe, 2006).

El segundo método es en cambio subjetivo. Este se enfoca en la pérdida real que sufrió el inversor. Este método ha sido adoptado por los ordenamientos jurídicos de Austria, Reino Unido y Suiza (Marboe, 2006).

El último método para determinar el valor justo del mercado es conocido como el estándar de enriquecimiento. Este también es subjetivo, y es el menos utilizado, ya que parte de lo que el Estado ganó a partir de la privación del derecho (Marboe, 2006).

El primer método es el más utilizado, ya que es relativamente objetivo. Por ello es el que se adopta y del cual se parte para analizar los cuatro diferentes procedimientos con los que se tasa el valor justo del mercado.

Primero, *discounted cash flow method*: este es el más utilizado, en particular porque puede evaluar sociedades completas, y también diferentes tipos de activos. Se basa en la habilidad del activo de

crear beneficios financieros para el propietario en el futuro, por lo tanto, no depende de los valores contables históricos (Wälde W. & Sabahi, 2008). En otras palabras, al comprador hipotético no le debería importar cuánto invirtió el dueño anterior, sino qué puede ganar del activo en el futuro. Por lo anterior, en este caso el valor justo del mercado no se basa en los datos históricos, pero en las futuras expectativas. Se contraponen al método que parte de los estados financieros de las sociedades, y esto es porque, los valores contables hablan sobre lo que necesitó el inversor para crear la inversión, no de su valor a futuro (Marboe, 2006).

Este método es criticado en cuanto es subjetivo y aun así ofrece un supuesto escenario de objetividad. Si bien se presentan modelos matemáticos para determinar qué flujos de caja son esperados, esto parte de la percepción de alguna de las partes (Wälde W. & Sabahi, 2008).

Segundo, *comparative method*: este método consiste en realizar un estudio de mercado para precisar un valor conforme a éste. Se buscan activos similares y se hace una comparación, pero para ello debe haber en el mercado con qué comparar. Es necesario que haya habido un número significativo de transacciones sobre activos similares y que la información de su compraventa esté disponible. Solo si se cumple lo anterior se pueden evaluar las percepciones subjetivas en conjunto y crear una objetiva. En el derecho internacional este método es más que todo utilizado para avaluar predios; para valorar sociedades completas este método es difícil de aplicar, ya que cada compañía es diferente, lo que hace casi que imposible encontrar un número de compañías que se puedan equiparar (Marboe, 2006).

Tercero, *multiples*: es la combinación del *discounted cash flow method* y el *comparative method*. La unión de estos da lugar a un valor que tiene en cuenta las futuras expectativas y el mercado actual (Marboe, 2006).

El último es el *liquidation value*: este se utiliza cuando es probable que el activo no produzca ingresos a favor de su titular. Por lo anterior, el valor justo del mercado se determina con base en el precio que sería utilizado si se vendiera bajo las condiciones de liquidación. Este método arroja el valor más bajo (Marboe, 2006).

El valor justo del mercado es el estándar para la compensación mencionado por los APPRI. Son múltiples los métodos para indicar cuál es el valor justo del mercado. El más utilizado es el del caso *Chorzów* en el que se define una situación hipotética de compraventa. Partiendo de éste, se han desarrollado cuatro procedimientos con los que se tasa el valor; el más utilizado es el *discounted cash flow method*. Estos métodos solo se utilizan para valorar la compensación, no se recomienda su analogía frente a otras estimaciones, como en el caso de los perjuicios. Los daños que surgen a partir de la violación a los estándares de protección no tienen ninguna relación con el valor justo del mercado (Marboe, 2006).

2.1.2. Expropiación ilegal -indemnización-

Cuando el Estado al expropiar vulnera los estándares de protección del inversor o no le compensa adecuadamente constituye un acto ilegal y por lo tanto debe resarcir los daños causados a partir del pago de una indemnización. Si la obligación vulnerada es internacional, el Estado comete un ilícito internacional, y el Estado es entonces responsable internacionalmente. Si la obligación vulnerada es contractual, el Estado entonces es responsable por daños contractuales. En el caso de la expropiación indirecta solo se vulneran obligaciones internacionales.

La obligación central al haber una violación a una obligación internacional es la reparación completa. Se adopta la decisión del caso *Chorzów* donde el principio esencial contenido en la noción de acto ilegal es que la reparación debe, dentro de lo posible, borrar las consecuencias del actuar y restablecer la situación que probablemente habría existido si el acto no hubiera sido

cometido. La indemnización debe cubrir cualquier daño que haya ocurrido y que se pueda valorar, incluyendo la pérdida de ganancia (Wälde W. & Sabahi, 2008). El estándar que se utiliza para el cálculo es el daño que se haya sufrido a causa de la violación de la obligación (Marboe, 2006).

2.1.2.1. Valoración de la indemnización

En el presente se encuentran diferentes métodos y técnicas de valoración de los daños. El avalúo del daño debe ser conforme el fallo del caso *Chorzów*: se debe hacer una comparación de la situación financiera actual de la persona perjudicada, con la situación financiera que hubiera existido si el actuar ilegal no se hubiera dado. Conforme lo anterior, el tribunal debe entonces asumir qué hubiera pasado, para poder calcular el valor; la diferencia entre lo que pasó y lo que pudo haber pasado es el daño que causó el actuar ilegal (Marboe, 2006).

El método diferenciado es utilizado para determinar el monto de los daños a partir de la perspectiva del sujeto afectado y no de un tercero. Este es diferente al valor justo del mercado, ya que se basa en lo que las partes logren acreditar como daños causados por el Estado; por lo anterior, es subjetivo. La situación financiera del dueño debe ser considerada en su totalidad. Debe ser considerado a partir de este punto de vista, ya que la evaluación financiera del activo que se vio perjudicado en algunas ocasiones no comprende los demás derechos personales que pueden derivarse del sujeto afectado, los cuales no necesariamente pueden hacer parte del mercado (Marboe, 2006).

El parámetro de la valoración depende de la obligación que se haya vulnerado y en las circunstancias del caso. Es trabajo del tribunal identificar que se haya logrado acreditar el daño, y esto entonces depende de cada caso concreto. A continuación, se habla de los factores que deben ser considerados.

Primero, la restitución o el remplazo. En la decisión también se estableció que primero debe considerarse la restitución, y de ser esta imposible, o demasiado gravosa, se puede proceder a la indemnización. Queda plasmado en términos generales en el artículo 35 y 36 sobre la Responsabilidad del Estado de la ILC. En este el Estado responsable está obligado a compensar por cualquier acto que cause un daño, siempre y cuando no sea posible resarcirlo a partir de la restitución podrá procederse a solicitar una indemnización. En la actualidad se ha notado en los tribunales de arbitraje la tendencia a que el demandante escoja la indemnización, sin recurrir a la restitución, así la última sea posible (Wälde W. & Sabahi, 2008).

Es importante mencionar que el llevar el caso en tribunales internacionales de inversiones le ofrece flexibilidad al árbitro a la hora de establecer la consecuencia jurídica. Dicha consecuencia no necesariamente debe ser en términos monetarios, puede ser la obligación de hacer o no hacer una acción. Esto parte de lo logrado en sede de la OMC y su Cuerpo de Resolución de Disputas, donde la decisión no obliga a que sea pagada una suma. Autores tales como Wälde y Sabahi le sugieren a los tribunales que piensen más allá de soluciones monetarias y tomen decisiones más prácticas conforme el acuerdo que deba aplicarse. Por ello, además de solicitar la indemnización se puede declarar que se repita el acto ilegal pero conforme las obligaciones internacionales (Wälde W. & Sabahi, 2008).

Segundo, los costos y gastos. Deben tenerse en cuenta ya que estos son utilizados cuando los daños son especulativos y no hay suficiente evidencia. El tercer elemento es la pérdida de ganancia, ya que para que haya una reparación completa es necesario tener en cuenta que el inversor afectado ha perdido oportunidades como consecuencia del actuar ilegal. También es importante la fecha de la valuación, ya que el valor de las cosas cambia a través del tiempo. Por último, los intereses, ya que para que haya una reparación completa es necesario encontrar el cálculo adecuado de éstos.

Se debe tener en cuenta que entre la fecha del acto ilegal, o cuando el daño ocurre, y el pago de los daños, la persona afectada no hacer uso de su derecho (Marboe, 2006).

Se debe analizar cuál es la obligación internacional contenida en los APPRI que ha sido vulnerada, y así determinar si el Estado es responsable internacionalmente. Se toma la decisión del caso Chorzow como guía para determinar la indemnización. Según éste, la indemnización consta de comparar el estado financiero actual del sujeto afectado con lo que pudo haber sido si el actuar ilegal no se hubiera dado. La indemnización para que sea completa debe resarcir el daño hasta el punto de borrar las consecuencias del actuar y restablecer la situación que probablemente habría existido si el acto no hubiera sido cometido. Los tribunales han analizado las variables que deben ser consideradas para que haya una reparación completa, son: 1) la posibilidad de restitución o reemplazo; 2) los costos y gastos; 3) las ganancias perdidas; 4) la fecha de valoración y 5) los intereses.

Para recapitular, se hace especial énfasis en la diferenciación que debe hacerse entre la compensación y la indemnización en el supuesto de la expropiación indirecta. Es de notar que estas se confunden tanto en los laudos arbitrales como en la doctrina, ya que compensación e indemnización, normalmente, son sinónimos. Como se demostró, cada consecuencia se desprende de un supuesto diferente -una potestad del Estado, o una violación a una obligación internacional- y por ello cada una tiene su método de valoración singular.

2.2. Caso práctico -cláusulas exorbitantes artículo 14-19 Ley 80 de 1993-

Las cláusulas exorbitantes contenidas en los artículos 14-18 de la Ley 80 de 1993 fueron escogidos como caso de estudio particular dado que el Estado no actúa como parte contractual sino como soberano, en búsqueda de la protección del interés general y del correcto cumplimiento de los contratos estatales (Van Harten, 2007) (Dávila Viñueza, 2016). Específicamente en materia de TJE

se verá cómo las cláusulas de la Ley 80 de 1993 y su aplicación, pueden conllevar a violaciones a los estándares del derecho internacional de las inversiones. Primero se dará un panorama general de las cláusulas exorbitantes a tratar, luego se hará un relato de cada una, para posteriormente hacer una comparación frente a los estándares de protección a la inversión y su posible violación.

2.2.1. Cláusulas exorbitantes

Las cláusulas exorbitantes violan el principio de igualdad que existe en los contratos, esto con el fin de hacer prevalecer el interés general sobre el particular. Se entienden pactadas en los contratos estatales en los que se ejecute una actividad que sea un monopolio estatal, en la prestación de servicios públicos, la explotación y concesión de bienes del Estado, y en los contratos de obra. Se pueden pactar en los contratos de suministro y los de prestación de servicios, para ello deben estar estipuladas de forma expresa el contrato. En los demás contratos estatales no se pueden pactar, y de hacerlo son nulas de pleno derecho (Dávila Viñueza, 2016). Dado que en Colombia la Ley 142 de 1994 en el artículo 31 autoriza a que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pacten cláusulas exorbitantes, sin importar si su capital es público o privado, en adelante se entiende que cuando se diga “contratante” se habla de dos supuestos: 1) una entidad pública que la ley obliga o faculta a incluir en el contrato la cláusula exorbitante; o 2) Los particulares que prestan servicios públicos domiciliarios, cuando las comisiones de regulación los autoricen u obliguen a pactar las cláusulas exorbitantes. También en el momento en el que se hable de “contratista” siempre se entenderá como un particular que ostenta la calidad de inversor extranjero.

Como se dijo en la introducción, no se tendrán en cuenta las discusiones sobre qué otros poderes pueden ser exorbitantes en materia contractual en Colombia. Únicamente analizaremos las cláusulas de los artículos 14 a 19 de la Ley 80 de 1993, cuya aplicación surge a partir de los poderes

soberanos del Estado. Esto con el fin de prever escenarios de disputas entre contratantes y contratistas en materia de la expropiación indirecta en la inversión extranjera. Se recalca que, como premisa implícita de este supuesto de hecho, las únicas actuaciones que podrían constituir la expropiación indirecta son las que obedecen al uso de facultades de soberano, y no a los actos de parte (Van Harten, 2007).

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993 es la ruta guía de la aplicación de los poderes exorbitantes; esta norma establece en qué contratos deben incluirse las cláusulas, en cuáles se pueden estipular, y en los que no se pueden plasmar. Esto implica que no todos los contratos estatales pueden incluir cláusulas exorbitantes, y que su aplicación, cuando no se encuentra autorizada por la norma, significa una violación al principio de legalidad por parte del contratante (Dávila Viñueza, 2016).

Es muy importante diferenciar cuando una cláusula se aplica en búsqueda de la protección del interés general y cuando se usa buscando la protección de un interés particular del contratante; esto con el fin de determinar las normas aplicables al caso, ya que el primer supuesto constituiría una violación a un acuerdo de protección a la inversión, y el segundo una disputa contractual. Por esta razón no se analizará en este trabajo el supuesto de una disputa entre dos partes contractuales en el marco del derecho internacional de las inversiones, como lo afirmó el tribunal del CIADI en el caso de *Impregilo S.p.A. vs. Islamic Republic of Pakistan*.

En síntesis, las cláusulas exorbitantes contenidas en los artículos 14 a 18 de la Ley 80 de 1993 son plasmadas en algunos contratos estatales. Su aplicación está condicionada a que el contratante la aplique para proteger el interés general y/o evitar la paralización de la obra o del servicio público contratado. Están reguladas en el ordenamiento jurídico dado que surgen a partir del poder soberano del Estado y vulneran el principio de igualdad contractual. A continuación, explicaremos

cada cláusula exorbitante, señalando cuáles son los fines de su inclusión en los contratos, y cómo se deben aplicar.

2.2.1.1. Interpretación unilateral

La interpretación unilateral se encuentra regulada en el artículo 15 de la Ley 80 de 1993 y es la facultad que tiene el contratante a incluir cláusulas exorbitantes que lo habiliten a interpretar unilateralmente disposiciones contractuales ambiguas. Esto con el fin de proteger el interés general y la ejecución de las obligaciones, debido a que tiene que preservar la ejecución de los contratos y evitar su parálisis.

El contratante que busca interpretar unilateralmente el contrato está obligado a motivar su aplicación y señalar expresamente las razones de la ambigüedad que dan lugar a la imposición de la interpretación (Expósito Vélez, 2013). Antes de aplicar la interpretación unilateral la entidad debe intentar conciliar con el contratista, con el fin de lograr un acuerdo en donde se satisfaga el interés de las partes. De no lograr dicho acuerdo el contratante podrá imponer una interpretación acorde a los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, los cuales establecen la forma en la que se deben interpretar las cláusulas ambiguas. Es relevante mencionar que las interpretaciones solo pueden darse durante la ejecución del contrato, y nunca luego de que las obligaciones se hayan extinguido (Dávila Viñueza, 2016).

A partir de lo anterior se puede concluir que la interpretación unilateral no puede obedecer a razones arbitrarias, y que el fin de la norma es proteger la correcta ejecución del contrato, en aras de proteger el interés general y los fines estatales. Su aplicación se encuentra reglada en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en donde se protege el debido proceso al contratista y el equilibrio económico del contrato; por lo que, en teoría, su uso no debería constituir una violación a las obligaciones contenidas en los APPRI suscritos por el Estado colombiano. Aun así, se recalca que

cada actuación debe analizarse por separado, y a partir de ella observar si se generó una violación al estándar.

2.2.1.2. Modificación unilateral

La modificación unilateral está regulada en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. Se refiere a la facultad de modificar el contrato, en aras de proteger el interés general y evitar la paralización de la obra o el servicio público contratado. Se fundamenta en el principio de mutabilidad de los contratos estatales, pues los hechos que dieron lugar a la contratación pueden cambiar, haciendo necesario una modificación al contrato (Expósito Vélez, 2013).

La modificación solo puede darse sobre obligaciones que se encuentren pendientes de ejecutar, y nunca sobre las realizadas. El contratante no puede modificar las cláusulas esenciales del contrato, en otras palabras: no se pueden modificar unilateralmente las cláusulas con las que el contrato no produciría efecto alguno, o, cambiaría completamente el tipo, según el artículo 1501 del Código Civil colombiano (Dávila Viñueza, 2016).

Es importante resaltar que solo se puede imponer una modificación de hasta el 20% del valor inicial del contrato, según el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, si la reforma es superior o inferior el contratista puede renunciar su ejecución. Existen discusiones frente al límite de la modificación, pues algunos aseguran que solo se puede variar hasta el 50% del valor inicialmente pactado. Dávila Viñueza afirma que no existe un límite legal para la modificación, pues esta se encuentra sustentada en evitar la parálisis de la ejecución del contrato, y la protección del interés general, por lo que la modificación se debe realizar por el valor que sea necesario (Dávila Viñueza, 2016); por otro lado, Expósito Vélez afirma que el límite del 50% debe ser respetado, de lo contrario se usaría esta facultad para eludir dicha norma (Expósito Vélez, 2013).

Como todas las cláusulas que se discuten en este acápite, antes de la modificación debe buscarse un acuerdo con el contratista, y solo si no se logra el acuerdo se podrá hacer uso de la cláusula exorbitante. También es importante resaltar que toda modificación que implique un sobre costo para el contratista deberá tasarse y pagarse, según el artículo 14 de la Ley 80 de 1993; cuando ocurra una disminución se tienen que pagar los perjuicios ocasionados, y las expectativas de utilidad que esperaba percibir el contratista (Dávila Viñueza, 2016).

Esta cláusula otorga un poder modificadorio del contrato al contratante bastante amplio, puede cambiar casi cualquier cláusula e imponérselo al contratista. Esta facultad solo existe en el derecho público, y solo puede ser aplicada con la finalidad de evitar la paralización de un servicio público o de la obra. Dado que múltiples disposiciones pueden ser modificadas, es más alto el riesgo que corre el contratista a que el contratante modifique unilateralmente el contrato y lo perjudique. Lo anterior, indica que hay un alto riesgo de que su uso signifique una violación a los estándares de protección cuando un actuar sea catalogado como una expropiación indirecta.

2.2.1.3. Terminación unilateral

En la contratación, tanto el inicio del vínculo contractual como su terminación se da por el acuerdo de voluntades. Esta puede ser por causas normales debido la extinción de las obligaciones a cargo de cada parte, o, puede darse de manera impuesta y anticipada (Expósito Vélez, 2013). Este trabajo se enfoca en la terminación unilateral impuesta por el contratante al contratista, la cual se encuentra regulada en el artículo 17 de la Ley 80 de 1993; no se analizará la terminación obligatoria del artículo 45 de la Ley 80 de 1993, en la que el juez declara la nulidad absoluta de un contrato estatal sin importar en la etapa de ejecución en la que se encuentre. Lo anterior, dado que no consideramos que sea una facultad exorbitante, sino una obligación del representante legal de terminar el vínculo contractual (Dávila Viñueza, 2016).

La terminación unilateral puede ser decretada solo antes de que se ejecuten todas las obligaciones, sin importar que el plazo inicial se haya cumplido. Se da en cuatro supuestos:

Primero, la norma establece: “cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”, este es el supuesto que más posibilidades otorga al contratante para realizar la terminación unilateral, pues son muchas las situaciones que se pueden presentar. Es deber de los funcionarios realizar una valoración correcta del caso en concreto y tomar la decisión de terminar o no el contrato, debido a las consecuencias que genera la terminación para el contratante y la prestación del servicio (Dávila Viñueza, 2016).

En el segundo caso la norma establece: “por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.” En el caso de que se alegue la incapacidad física del contratista, la Corte Constitucional ha señalado que esta debe guardar relación directa con el objeto del contrato y su ejecución. Es un supuesto restringido y no permite un grado de discrecionalidad de la administración, en el caso de la incapacidad solo debe probarse que ésta afecta la ejecución del contrato, o que era un contrato *intuito personæ* (Dávila Viñueza, 2016).

Tercero, la norma establece: “por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.” El supuesto de la declaración de quiebra o liquidación del contratista obliga al contratante a terminar el contrato en el estado en que se encuentre. En el caso de la interdicción debe afectar la ejecución del contrato, o ponerla en riesgo. Es importante resaltar que, tanto en el segundo como el tercer caso de terminación unilateral, la entidad podrá seguir la ejecución del contrato con el garante de la obligación; entendiendo que el garante puede aceptar o rechazar la ejecución del contrato (Dávila Viñueza, 2016).

El cuarto caso se da “por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.” Este supuesto se debe leer en concordancia con la Ley 1116 de 2006 y las demás normas en materia concursal; puesto que la decisión debe tomarse teniendo en cuenta los procesos de insolvencia, debido a que traen normas especiales en materia concursal, las cuales pueden restringir la facultad excepcional del contratante (Expósito Vélez, 2013).

El primer caso de terminación unilateral es el que mayor discrecionalidad otorga al contratante, lo cual puede generar problemas frente a los estándares de protección, debido a que es una situación que puede ser imprevisible para el contratista y ocasionarle perjuicios. Los demás supuestos son situaciones específicas, las cuales deben ser previsibles para los contratistas, y, en caso de presentarse existe una alta probabilidad de que el contrato sea terminado unilateralmente.

La terminación unilateral no es una sanción para el contratista, sino una medida que busca proteger al contratante de un posible incumplimiento; esto debido a la protección al interés general sobre el particular que buscan las cláusulas excepcionales. En caso de un incumplimiento grave del contratista no se debe utilizar la figura de la terminación, pues esta solo opera en los cuatro casos señalados; la cláusula que se debe utilizar en los casos de incumplimientos graves es la caducidad (Dávila Viñueza, 2016).

2.2.1.4. Caducidad

La caducidad es la sanción más grave en materia contractual que puede imponerse, se encuentra regulada en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. Esta cláusula exorbitante es la manifestación más severa del poder soberano del Estado en materia contractual.

La entidad debe ser cuidadosa antes de decretarla por los efectos adversos que ocasiona al contratista. Su imposición es potestativa y puede obligar a la liquidación de una sociedad o persona natural contratante; pues conlleva a una inhabilidad general para contratar con el Estado de cinco años para la sociedad y sus accionistas, y la aplicación de onerosas multas (Dávila Viñueza, 2016).

Es importante destacar que el Consejo de Estado ha entendido que la caducidad únicamente podrá ser decretada durante el plazo de ejecución del contrato; contrario a la terminación unilateral que puede ser decretada en cualquier momento mientras existan obligaciones pendientes por ejecutar.

En la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que figura en el expediente 17.031 del 20 de noviembre de 2008 de la Consejera Ponente Ruth Stella Correa, se ha sostenido esta posición (Dávila Viñueza, 2016). Esto es una interpretación restrictiva del momento en cual se puede decretar la caducidad, lo cual no encontramos adecuado puesto que la caducidad busca proteger el interés general y la correcta ejecución de los contratos (Expósito Vélez, 2013).

Para poder aplicar la caducidad se debe cumplir estrictamente cada uno de los siguientes requisitos:

2.2.1.4.1. Incumplimiento del contratista

El contratante debe evidenciar un incumplimiento grave del contratista, que no sea causado por fuerza mayor, caso fortuito o por un tercero. Lo cual debe acreditar probatoriamente, pues la duda se debe resolver en favor del contratista por ser derecho sancionatorio (Expósito Vélez, 2013).

2.2.1.4.2. Inexistencia de un incumplimiento de la entidad contratante

Es obligación de la entidad cumplir con los contratos celebrados y todas sus obligaciones. En caso de que requiera imponer la caducidad no debe existir ningún incumplimiento u omisión por parte del contratante de sus deberes contractuales. Esto se fundamenta en el hecho de que nadie puede beneficiarse de su propia culpa (Dávila Viñueza, 2016).

2.2.1.4.3. Afectación grave del contrato

La afectación grave se refiere a que la aplicación solo se da cuando hay un incumplimiento de las obligaciones principales del contrato, el cual amenace su cumplimiento. No puede sustentarse una declaratoria de caducidad sobre incumplimientos de obligaciones secundarias o poco relevantes para el objeto contractual (Dávila Viñueza, 2016).

2.2.1.4.4. Amenazar parálisis

La afectación grave de la obligación principal tiene que amenazar con paralizar la ejecución del contrato. Esto es que el incumplimiento sea tal que es posible concluir que el contratista no podrá terminar de ejecutar el contrato, convirtiéndose en un obstáculo para la entidad contratante (Dávila Viñueza, 2016).

2.2.1.4.5. No puede ser inmediato el incumplimiento

Esto significa que el contratista debe haber sido notificado del incumplimiento, y debe darse una conducta activa por parte del contratante para intentar corregirlo. La razón de lo anterior es que los incumplimientos graves que amenazan la parálisis no surgen súbitamente, sino que son conductas reiteradas que pueden ser corregidas con otro tipo de medidas. Dado que la caducidad es tan gravosa para el contratista y para el cumplimiento del contrato, el incumplimiento debe intentarse solucionar de otra manera, pues al contratante lo que realmente le interesa es la correcta ejecución del contrato y no la imposición de sanciones (Expósito Vélez, 2013).

En todo el proceso para decretar la caducidad, además de cumplir con los supuestos mencionados anteriormente, se debe respetar y garantizar el debido proceso al contratista. De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 1150 del 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, antes de decretar la caducidad en cualquier contrato estatal, se debe realizar una audiencia en donde se le otorgue la posibilidad al contratista de controvertir al contratante y sus pruebas, ejerciendo su derecho de

defensa. En el caso de que el incumplimiento cese antes de la terminación de la audiencia, no podrá ser sancionado el contratista (Dávila Viñueza, 2016). Esto demuestra que el ordenamiento jurídico en Colombia busca la correcta ejecución de los contratos antes de imponer sanciones a los contratistas.

Existen dos supuestos en donde se podrá decretar la caducidad a un contratista que se mencionarán brevemente:

Primero, cuando existe una condena por responsabilidad fiscal al contratista y este no paga el valor de la condena. En este caso la Contraloría solicitará al contratante que declare la caducidad del contrato, según el artículo 61 de la Ley 610 del 2000. Dicha caducidad solo podrá solicitarse en el contrato en donde se condenó al contratista por la responsabilidad patrimonial, y no en los demás contratos estatales. Pues si se solicitara en todos los contratos del contratista se afectaría el interés general en otros vínculos jurídicos en donde se está cumpliendo adecuadamente (Dávila Viñueza, 2016; Expósito Vélez, 2013).

El segundo supuesto se encuentra regulado en los artículos 90 y 91 de la Ley 418 de 1997, es cuando el contratista paga o colabora con grupos armados al margen de la ley en la ejecución del contrato, y no informa a las autoridades competentes a tiempo para que tomen medidas de protección. Bajo este supuesto el contratante deberá declarar la caducidad, o terminar unilateralmente el contrato en el Estado en el que se encuentre. Esta norma demuestra la incapacidad del Estado colombiano de proteger al contratista. (Dávila Viñueza, 2016) Más adelante se analizará como puede entrar en conflicto este supuesto con los estándares de protección al inversor y con el fenómeno de la expropiación indirecta.

Como se dijo reiteradamente, los efectos de la caducidad son gravosos para el contratista. La caducidad tiene los siguientes efectos para los contratistas:

1. La terminación del contrato en el estado en el que se encuentre.
2. Se genera una inhabilidad general para el contratista por cinco años; la cual genera que los otros contratos celebrados con el Estado deban ser terminados por la inhabilidad sobreviniente.
3. El contratista no podrá pedir indemnización alguna por la terminación anticipada del contrato.
4. El contratante tendrá la posibilidad de exigir la cláusula penal pecuniaria y los perjuicios que ésta no logre cubrir.
5. El contratante podrá declarar el siniestro de incumplimiento haciendo efectiva la póliza ante la aseguradora.

Es importante resaltar que el contratante no puede cobrar la póliza de cumplimiento y la cláusula penal al mismo tiempo, pues podría generar un enriquecimiento sin causa para el Estado. Por esta razón solo puede cobrar el monto de los perjuicios ocasionados, y a la aseguradora los perjuicios que la cláusula penal no logró cubrir (Dávila Viñueza, 2016).

El contratante que decreta la caducidad tiene la obligación de ejecutar el contrato, o buscar un nuevo contratista que pueda ejecutarlo en las condiciones en las que se encuentre. Esto con el fin de evitar la parálisis y dejar obras inconclusas que afectan gravemente el interés general. Por esto debe analizar la posibilidad de corregir el actuar del contratista a través de otros mecanismos antes de decretar la caducidad (Dávila Viñueza, 2016).

Se concluye que la caducidad es una prerrogativa amplia y con efectos lesivos para el contratista, la cual se encuentra reglada en múltiples normas del ordenamiento jurídico interno. Debe utilizarse con cautela por parte del contratante, pues los efectos jurídicos de su declaratoria no solamente afectan al contratista sino al contratante, a la ejecución del contrato y al cumplimiento de los fines estatales.

2.2.1.5. Reversión

La reversión se encuentra regulada en el artículo 19 de la Ley 80 de 1993. Solo puede ser pactada en los contratos de explotación o concesión de bienes estatales sobre los bienes necesarios para ejecutar la actividad. Esto sucede para que al final del contrato los bienes sean restituidos al Estado; a decir, se pacta con el fin de que el Estado tenga la capacidad de seguir utilizando y manteniendo los bienes objeto de la concesión o explotación luego de que expire el plazo del contrato.

Existen dos supuestos en los que aplica la cláusula de reversión: el primero es que el Estado entrega los bienes al contratista a título de mera tenencia y este los debe restituir al expirar el plazo, sin tener ningún título de propiedad sobre ellos. En este supuesto pocas diferencias pueden surgir entre el Estado y el contratista, pues el contratista nunca tuvo propiedad alguna sobre esos bienes, y solo los recibió como un administrador. En este caso no se considera como una facultad exorbitante del Estado (Dávila Viñueza, 2016).

El segundo es que los bienes del contratista necesarios para la ejecución del contrato deben ser restituidos al Estado. En los modelos financieros se calcula el monto de los bienes que serán comprados por el contratista, y se amortiza dicho valor durante todo el plazo de ejecución del contrato. Por lo que el contratista realmente no pagará por el precio de los bienes que sean necesarios para ejecutar el contrato, sino que las utilidades y la ejecución de la actividad le permitirán costear el valor durante el plazo de ejecución (Dávila Viñueza, 2016).

En el caso de que los bienes del contratista deben ser restituidos, se presentan varias discusiones: 1) en cuanto cuáles eran los bienes realmente afectados al contrato; y 2) si estos si fueron debidamente amortizados durante todo el plazo de ejecución del contrato. Debido a que el contrato puede terminar de manera anticipada, también ocurre que algunas condiciones pactadas inicialmente cambian, de tal manera que el contratista no pudo amortizar el precio de los bienes. En Colombia se ha optado por proteger la propiedad privada en estos casos, privilegiando al contratista frente a las discusiones que se puedan presentar; lo cual se puede evidenciar en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 (Dávila Viñueza, 2016).

2.2.2. Estándares de protección de cara a las cláusulas exorbitantes

En este acápite se realizará una comparación de las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, con los estándares de protección del TJE y TN del derecho internacional de las inversiones. Esto con el fin analizar los posibles conflictos entre las normas del derecho administrativo colombiano, y los estándares de protección a la inversión extranjera y la probable responsabilidad internacional del Estado colombiano.

No se analizarán las actuaciones ilegales o arbitrarias ejecutadas por algún contratante. Esto es que no se tendrá en cuenta si un funcionario se extralimita en sus funciones, tampoco cuando una entidad viola alguna norma del ordenamiento jurídico interno; pues el sentido de esta parte del escrito es analizar los conflictos entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho internacional de las inversiones, específicamente la relación entre las cláusulas exorbitantes y los estándares de protección a la inversión.

2.2.2.1. *Trato justo y equitativo*

El trato justo y equitativo se compone de varias manifestaciones las cuales fueron explicadas en el primer capítulo. A continuación, se comparan de manera general frente a las cláusulas exorbitantes, y se examinará si algunas pueden violar los estándares de protección.

2.2.2.1.1. *Expectativas legítimas*

El acuerdo de protección más antiguo de Colombia fue el TLC firmado en el año de 1995 entre los Estados Unidos de México y Colombia, el cual fue aprobado en Colombia mediante la Ley 172 de 1994. La Ley 80 data de 1993 por lo que las cláusulas exorbitantes son anteriores a todos los acuerdos de protección a la inversión suscritos por Colombia.

Según lo anterior los inversores extranjeros tienen la obligación de conocer el ordenamiento jurídico del Estado en el que incursionan, y se someten a este en el momento en el que realizan la inversión (Dolzer & Schreuer, 2012). Por este motivo tienen la obligación de saber de la existencia de las cláusulas y la manera en las que estas son aplicadas. En especial deben percatarse que no solamente se encuentran reguladas en la Ley 80, sino que existen algunas disposiciones de la Constitución Política, leyes en materia de contratación y pronunciamientos judiciales que les aplican.

También es claro que estas cláusulas han sido objeto de demandas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en donde el Consejo de Estado ha tomado decisiones frente a la interpretación y aplicación de estas. Una de ellas fue la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado con radicado No. 30.832 del 30 de noviembre de 2006 y Consejero Ponente Alier E. Hernández Enríquez. En este fallo se precisó en cuáles contratos era obligatorio incluir cláusulas exorbitantes, en cuáles potestativo y en los que estaba prohibido pactarlas y ejercerlas.

Se afirma que las cláusulas solo pueden ser modificadas a través de leyes pues tienen reserva legal, y se ha protegido los intereses de los contratistas cuando no hay lugar a sanciones, reconociendo el equilibrio económico del contrato (Expósito Vélez, 2013); por lo que el Estado colombiano ha reconocido que debe proteger los intereses de los contratistas, cuando aplica las cláusulas exorbitantes.

Los contratistas deben conocer cuando celebran algunos contratos con el Estado colombiano que pueden aplicarse las cláusulas, y que estas pueden modificar la ejecución del contrato, o la interpretación de alguna de las estipulaciones. Esto no debe ser tomado como una modificación a las expectativas legítimas, en cuanto dicho cambio se encuentra justificado en el interés general. Además, dicho cambio no ocurre repentinamente, sino que existe el deber de buscar un acuerdo con el contratista antes de aplicar de manera unilateral alguna potestad exorbitante, y el contratista será compensado si dicho cambio le genera mayores costos o perjuicios.

En cuanto a la reversión hay que aclarar que las normas internas protegen los derechos de los privados, frente a los posibles desequilibrios económicos que ocurran durante la ejecución de los contratos (Dávila Viñueza, 2016). Se entiende que puede ocurrir una violación a las expectativas legítimas cuando los costos de los bienes a revertir no fueron amortizados durante la ejecución del contrato; también cuando se pide la reversión de otros bienes que no se encontraban incluidos en las condiciones iniciales de la concesión. En consecuencia, el Estado tiene el deber de indemnizar o compensar cuando el contratista tenga la obligación de revertir, y no hubiese podido costear totalmente los bienes objeto de la reversión durante la ejecución del contrato. De no pagarla puede incurrir en una violación a las expectativas legítimas y ser demandado conforme las obligaciones contenidas en el derecho internacional de las inversiones.

Conforme lo anterior, las cláusulas exorbitantes no deberían tener mayores conflictos frente a las expectativas legítimas de los inversores. Pues su pacto y uso se encuentra regulado en Colombia antes de que se hubiese adquirido las obligaciones internacionales de brindar los estándares de protección a los inversores extranjeros. Igualmente es previsible que estas puedan ser aplicadas en alguna relación contractual con inversores extranjeros, con la finalidad de proteger el interés general.

2.2.2.1.2. Estabilidad y protección a la inversión.

Esta manifestación del estándar es la más problemática frente a las cláusulas exorbitantes por varias razones. El Estado receptor debe proteger al inversor de cambios repentinos en el ordenamiento jurídico, las condiciones políticas y económicas, y, de actuaciones de terceros que interfieran con la inversión. En este caso la aplicación de las cláusulas exorbitantes puede cambiar de manera repentina lo señalado anteriormente, lo cual genera interferencias en los derechos de los inversores extranjeros.

La interpretación unilateral es conflictiva frente a la estabilidad jurídica y económica de las relaciones entre el Estado y el contratista. En este caso la aplicación de la cláusula exorbitante se realiza con base en el poder soberano del Estado, y el efecto es un cambio no previsto en la interpretación y aplicación de alguna de las cláusulas del contrato, justificada en la protección del interés general. Por tanto, genera que las condiciones iniciales esperadas por el contratista sean modificadas, lo cual puede ocasionarle mayores costos y perjuicios. Estos costos y perjuicios deben ser reconocidos por el Estado colombiano según dispone el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, aun así, se reitera que el reconocimiento de los perjuicios no exime al Estado de ser responsable internacionalmente.

Lo mismo ocurre con la modificación unilateral, en donde se modifica la relación contractual para adicionar o quitar obligaciones por cumplir. Esto genera que el contrato sea modificado y el contratista debe aceptarlo, cuando dichas modificaciones no excedan el 20% del valor inicial. Cuando excedan del 20% el contratista puede renunciar a la ejecución del resto del contrato según el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. La modificación ocasiona inestabilidad económica y jurídica en las condiciones contractuales. Por lo que el inversor extranjero puede verse afectado por dicha decisión estatal.

Como se estableció, la terminación unilateral cinco causales las siguientes no deberían ocasionar conflictos: 2) por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista; 3) por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista; y 4) por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato. Pues los hechos para que estas terminaciones se den son objetivos y previsibles para los contratistas. Por esta razón, los inversores deben conocer al momento de celebrar un contrato en donde se pacten cláusulas exorbitantes, que en el caso en el que uno de esos supuestos se cumpla; la entidad estatal podrá terminar la relación contractual unilateralmente.

En el caso a la causal número 1: “Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga”, se puede generar un conflicto frente a la estabilidad jurídica y económica del inversor, especialmente cuando este esperaba recibir cierta utilidad con el cumplimiento de todo el contrato. Pues es una terminación anormal del contrato que puede generar perjuicios al contratista, y quitarle el contenido económico de sus derechos de propiedad. Además, esta terminación puede no ser previsible para el contratista, aunque se tenga que buscar un acuerdo antes de imponer la terminación y se le dé previo aviso.

La caducidad es la más problemática de todas las cláusulas exorbitantes; además de generar efectos graves para los contratistas, genera la parálisis del objeto del contrato mientras la entidad busca a alguien más que lo ejecute. Frente a la estabilidad y protección a la inversión la caducidad siempre va a generar tensiones frente a los inversores extranjeros. Pues los efectos son excesivamente gravosos, y afectan considerablemente la estabilidad jurídica del contratista debido a que le genera una inhabilidad para contratar con el Estado colombiano. En cuanto a los efectos económicos no se le reconoce ninguna indemnización por la terminación anticipada, dado que es una sanción, además se le puede cobrar la cláusula penal y hacer efectivas las pólizas.

Especialmente, la causal de caducidad a la que se refiere el artículo 90 de la Ley 418 de 1997, vulnera esta manifestación del TJE; debido a que el Estado reconoce que es incapaz de proteger al contratista frente a terceros, y aun así la ley lo faculta para sancionar al contratista que colabora a grupos al margen de la ley. En otras palabras, el Estado es responsable internacionalmente al no ser capaz de brindar la protección al inversor, previniendo la interferencia de terceros, pero aun así puede sancionar al contratista si este colabora con los grupos. En caso de que el Estado sancione al contratista, también sería responsable frente al DII por aplicar dicha sanción.

La reversión no genera tantos problemas, pues esta se encuentra planeada antes de celebrar el contrato, y los bienes realmente se le pagan al contratista durante la ejecución. Teniendo en cuenta lo anterior, el contratista no podrá argumentar que la estabilidad fue afectada, puesto que conocía las condiciones con las que iba a contratar, y sabía que al finalizar el contrato tenía la obligación de restituir los bienes o pagar un valor equivalente al Estado.

Finalmente, la decisión del tribunal podrá ser favorable al Estado que protege el interés general al usar las cláusulas exorbitantes, si esta toma la posición de la *police powers doctrine*. De otro lado, si el tribunal acoge la *sole effects doctrine*, podrá declarar responsable al Estado colombiano que

desproteja alguna inversión extranjera, sin importar que las cláusulas se usaran para proteger el interés general o no. Por esta razón, el uso de estas potestades debe tener en cuenta las obligaciones contraídas en sede del derecho internacional de las inversiones, y ponderar si la decisión que tome el contratante en contra del contratista puede violar su estabilidad. Si se llegase a vulnerar la estabilidad del contratista, se puede ocasionar una violación al estándar del TJE, ocasionando una expropiación indirecta ilegal, y como consecuencia el Estado deberá indemnizar al inversor y compensar la expropiación.

2.2.2.1.3. Transparencia

Según lo establecido en el primer capítulo, la transparencia se refiere a la obligación de actuar conforme al ordenamiento jurídico interno, evitando generar confusiones y contradicciones al momento de aplicarlo a los inversores extranjeros (Dolzer & Schreuer, 2012). Por esta razón las cláusulas exorbitantes deben estar claras y expresas en los contratos en los que se pacten, y su uso debe obedecer a motivos legales, acompañada de una actuación transparente por parte de la entidad estatal.

Para evitar generar daños a los inversores extranjeros y una posible declaratoria de responsabilidad por parte del Estado receptor, es importante que la aplicación de cualquier cláusula exorbitante se dé en el uso de las facultades expresamente consagradas en el Estatuto General de Contratación. Además, es necesario que dicha aplicación sea en búsqueda de la protección del interés general, y que se utilicen procedimientos claros y legibles para los inversores.

En conclusión, la transparencia es la obligación que indica que debe actuar de manera clara y consistente el contratante que aplique la cláusula exorbitante. En otras palabras, su actuación debe ser conforme a las normas del Estatuto General de Contratación. Así mismo el Estatuto General de Contratación es claro en qué son las cláusulas exorbitantes, cómo se aplican y cuándo se debe

compensar o indemnizar al contratista; una correcta aplicación de dicha normatividad no debería ser confusa ni violatoria para los inversores extranjeros que contraten con el Estado colombiano.

2.2.2.1.4. Debido proceso

El debido proceso es un principio contenido en el ordenamiento jurídico colombiano, específicamente en el artículo 29 de la Constitución Política y en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007. En cuanto a su desarrollo jurisprudencial, existen numerosas sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado que lo desarrollan, y obligan su aplicación en materia contractual.

En la aplicación de las cláusulas exorbitantes es obligatorio el cumplimiento del debido proceso, de otra manera no podrán ejercerse las potestades derivadas de estas. El debido proceso se materializa en la inclusión de las cláusulas a través de: 1) que el contrato celebrado las pueda incluir; 2) su uso se encuentre motivado en la protección del interés general; 3) que se ponga en consideración sobre el incumplimiento al contratista y se busque lograr un acuerdo con éste, teniendo en cuenta su versión de los hechos; y finalmente 4) se salden las compensaciones o indemnizaciones a las que haya lugar. Sin embargo, se recalca que cuando se decreta la caducidad no se deberá pagar ninguna compensación o indemnización.

Por esta razón, es necesario que el contratante respete esta materialización del estándar del TJE; pues el ordenamiento jurídico interno es concordante con el derecho internacional de las inversiones, y no existen tensiones entre ninguno de los dos en cuanto al debido proceso. En consecuencia, la aplicación de las cláusulas exorbitantes en teoría no genera ninguna violación al debido proceso de los inversores extranjeros, y no debería ocasionar ninguna expropiación indirecta a sus derechos.

2.2.2.1.5. Buena fe

Las actuaciones del Estado y sus funcionarios deben ser motivadas, procurando el cumplimiento de los fines estatales, y no deberían obedecer a intereses oscuros o maliciosos. Las cláusulas exorbitantes se encuentran fundadas en la protección del interés general y la correcta ejecución de los contratos. Al aplicarlas se debe tener en cuenta al contratista, y en lo posible se debe buscar un acuerdo con éste (Dávila Viñueza, 2016).

En el caso específico de la declaratoria de caducidad si el contratista cumple antes de que se tome la decisión en la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474, no podrá decretarse la caducidad del contrato por parte del contratante; lo que evidencia que el fin de esta cláusula es imponer la sanción como última medida, en donde lo más importante para el contratante es el correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales, y no imponer sanciones a los contratistas.

Por consiguiente, las cláusulas y su aplicación no deben violar la manifestación del estándar de protección de la buena fe de manera objetiva, debido a que su uso está basado en la protección del interés general y los fines estatales. En cada caso se debe probar si el contratante no actuó con buena fe, y será el tribunal el encargado de decidir si dicha actuación desprotegió al inversionista causándole un daño que debe ser indemnizado.

2.2.2.1.6. Libertad de coerción y hostigamiento

El Estado colombiano debe ser muy cuidadoso al momento de aplicar las cláusulas, pues puede ejercer una presión al contratista que puede violar el TJE y causar una expropiación indirecta. En el caso de la libertad de coerción y hostigamiento debe procurar no presionar de manera exagerada a los contratistas con la aplicación de las cláusulas. Especialmente con la aplicación de la caducidad, pues como se explicó anteriormente sus efectos son bastante graves para cualquier contratista.

Por tanto, las cláusulas exorbitantes pueden coaccionar a los contratistas, lo que debe tenerse en cuenta cuando se aplican a los inversores extranjeros; pues un mal uso de estas cláusulas puede ocasionar una expropiación indirecta ilegal. Esto ocurre cuando se hostiga a un inversor con base en el uso de una potestad exorbitante, y se da una pérdida sustancial del valor económico de su activo. En consecuencia, el Estado debe indemnizar y compensar al inversor extranjero.

El contratante al aplicar las cláusulas debe comunicarles a los contratistas, y realizar un procedimiento previo para poder usar las potestades. Esto no debe ser entendido como hostigamiento por parte del Estado receptor de la inversión, pues se busca llegar a acuerdos antes de aplicar las cláusulas de manera unilateral. Además, su uso debe estar claramente sustentado en la protección del interés general.

En resumen, frente a la libertad de coerción y hostigamiento, cuando se utilice una cláusula exorbitante se debe evitar hostigar al inversor extranjero con el uso de esta. Lo que significa que además de las normas colombianas, es obligatorio tener en cuenta los estándares de protección que protegen a los inversores extranjeros. Esto obliga a las entidades estatales a usar de forma prudente las cláusulas exorbitantes, y a no presionar a los contratistas de forma abusiva.

En conclusión, las cláusulas exorbitantes tienen algunos problemas de aplicación frente al TJE que se debe otorgar a los inversores. Esto debido a que pueden desproteger al inversor con el fin de proteger el interés general. Lo que exige que, al momento de aplicar las cláusulas frente a inversores extranjeros, se deba tener en cuenta el Estatuto General de Contratación, y, los estándares de protección del derecho internacional de las inversiones y sus manifestaciones. Es de suma importancia puesto que la violación de los estándares conlleva a la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión.

2.2.2.2. *Trato nacional*

En este apartado se analizarán las cláusulas exorbitantes frente al estándar del TN que debe otorgar el Estado receptor a los inversores extranjeros. Se hará frente a las dos manifestaciones del principio, y se busca concluir si la sola normatividad genera problemas, o, una actuación adecuada del Estado conforme al ordenamiento jurídico vigente respetaría el estándar de protección.

Las cláusulas exorbitantes aplican para todos los contratos estatales que permitan su inclusión, sin importar con quién se esté contratando, ya sea nacional o extranjero; por lo tanto, no habría violación al estándar de protección por el pacto de las cláusulas. El tema de la aplicación puede generar conflictos con las manifestaciones del estándar, lo cual será analizado a continuación.

2.2.2.2.1. *Discriminación*

Como se explicó, la discriminación debe darse frente a la nacionalidad de los inversores, y en el proceso deberá probarse la discriminación presentada. Cualquier aplicación de una cláusula exorbitante puede ser discriminatoria si se logra probar que, a otro contratista nacional con condiciones similares al inversor extranjero, se le aplicó una medida más favorable que al extranjero. La base comparativa puede generar conflictos que serán analizados en cada caso, pero es claro que una cláusula exorbitante puede ser discriminadora, aunque no exista la intención por parte de la entidad estatal de tratar de manera diferente a un contratista.

Por ende, las entidades estatales tienen el deber de analizar cómo se aplican las cláusulas exorbitantes a los demás contratistas, y procurar aplicarlas de manera uniforme en cada caso. Todo esto con base en la obligación que tiene el Estado de brindar un trato no menos favorable que el de cualquier nacional, en donde no se discrimine al contratista extranjero con motivo de su nacionalidad.

2.2.2.2.2. Arbitrariedad

Antes de analizar el trato arbitrario es necesario aclarar que, el Estado colombiano al hacer uso de las cláusulas exorbitantes actúa como soberano y no como parte contractual. Es muy importante resaltar este punto puesto que en el caso en el que actúe como parte contractual no le serán aplicables los estándares de protección del derecho internacional de las inversiones (Van Harten, 2007).

En principio el ejercicio de las cláusulas exorbitantes no supone un acto arbitrario del Estado. Pues se busca proteger el interés general con su aplicación, su uso se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico colombiano y existe la obligación de respetar el debido proceso. Casos anormales se pueden presentar en donde la medida esté dirigida en contra de un contratista específico, o la entidad se extralimite en sus facultades.

Por todo lo anterior se evidencia que en el deber ser las cláusulas se encuentran en armonía con el TN, y que en casos puntuales puede existir arbitrariedad la cual no estaría justificada en ninguna norma jurídica interna. Esta no es la forma en la que los contratantes deben actuar, por lo tanto, no se evidencia contradicción alguna entre la manifestación del estándar y las normas que regulan las cláusulas exorbitantes.

Conclusión capítulo sobre cláusulas exorbitantes

En conclusión, las cláusulas exorbitantes son la materialización del poder estatal, que se justifica en la protección del interés general. Son anormales a las que se pactan en los contratos del derecho privado, y su ejercicio se encuentra autorizado y regulado en la Ley. El uso de estos poderes puede darse por un privado en el caso de la prestación de servicios públicos domiciliarios, esto conlleva a que el privado que los ejerce debe ser controlado por el Estado. La situación anterior, da lugar a

que el Estado esté ejerciendo facultades de soberano a través del mandato o autorización de una comisión de regulación, esta calidad que toman sus actuaciones da lugar a que pueda ser responsable internacionalmente.

Según lo anterior la aplicación de las cláusulas exorbitantes y la interpretación de las normas debe darse acorde al DII, debido a que un mal uso de los poderes daría como resultado la responsabilidad internacional del Estado y en consecuencia la obligación de reparar al inversor. Se debe tener cuidado especialmente con la violación de estabilidad y protección de la inversión, puesto que es la manifestación del TJE, la cual se puede vulnerar, aunque se usen las cláusulas de acuerdo al ordenamiento jurídico interno. En las demás cláusulas su mal uso o una interpretación equivocada puede generar una violación a los estándares de protección.

Existe la obligación de reconocer y pagar las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas que son objeto del ejercicio de una cláusula exorbitante. Esto no siempre ocurre de manera adecuada, y pueden generarse controversias en los montos a indemnizar. Esto en principio no violaría ningún estándar de protección, pero si generaría una expropiación indirecta legal, lo que conlleva el pago de la compensación, y de la cual puede resultar en una controversia de DII.

Finalmente encontramos que se debe tener en cuenta los efectos que causa DII al derecho público. Pues existen situaciones en las que se pueden generar conflictos en la aplicación de las normas, lo que da lugar a la responsabilidad internacional del Estado. A esto se le suma que el monto económico de las reclamaciones por violación al DII es muy alto, y tiene la posibilidad de afectar gravemente las finanzas de un país.

Conclusión del capítulo 2

En el primer subcapítulo se habló sobre la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia de la aplicación del supuesto de hecho de la expropiación indirecta. De la aplicación de la cláusula de los APPRI sobre la expropiación surgen dos consecuencias jurídicas. La primera es la compensación, que surge a partir de una expropiación legal. La segunda es la indemnización que se genera por una expropiación ilegal. En el caso de la última el inversor será acreedor de la compensación y la indemnización. Ambas consecuencias surgen de fuentes diferentes, por lo tanto, se valoran distinto. La compensación a partir del valor justo del mercado y la indemnización dependiendo de los perjuicios que logren acreditar las partes del proceso.

El segundo subcapítulo trató el caso de la armonización de las cláusulas exorbitantes de la Ley 80 de 1993, frente a los estándares de protección al inversor contenidos en el supuesto de hecho de la expropiación indirecta. Se evidenció que pueden ocurrir choques entre estos dos sistemas normativos, específicamente en la estabilidad y protección que se debe dar al inversor extranjero, y la libertad de coerción y hostigamiento, manifestaciones del TJE. Por esta razón es necesario conocer el contenido de las obligaciones internacionales para evitar la aplicación de sus consecuencias jurídicas, pues el uso del derecho interno puede ocasionar daños a un inversor extranjero, así sea una actuación legítima.

Se presentan múltiples escenarios problemáticos a partir del análisis realizado en este capítulo. Se mencionan a continuación:

Primero, frente a las actuaciones del servidor público: al momento de realizar una actuación estatal, lo ideal sería que el servidor público conociera de las obligaciones internacionales las cuales puede violar. El problema se ocasiona cuando por el desconocimiento de éstas se aplican las

disposiciones de una forma que logra violar los derechos del inversor extranjero. Pero, el servidor público no tiene certeza de cuál es el contenido y el alcance de estos estándares de protección al inversor, lo que causa inseguridad jurídica.

Segundo: frente a la defensa del Estado sobre las controversias en las que se vulneran los derechos de los inversores. Al momento de presentarse una controversia internacional, el Estado no tiene certeza de cómo va a fallar el tribunal en cuanto a la reparación. Esto no es solo por la falta de uniformidad de los estándares, sino también por la ausencia de una cultura jurídica transversal en la responsabilidad internacional del Estado.

El sistema de responsabilidad internacional de los Estados es una combinación de las tradiciones jurídicas del *Civil Law* y el *Common Law*. Esto se evidencia en los conceptos jurídicos que se utilizan para solucionar las controversias en sede del DII. Sobre lo anterior surge un problema, ya que la mezcla de las dos familias jurídicas genera confusión, dado que existe desconocimiento de esta relación de los dos sistemas y de sus conceptos en la aplicación. Por este motivo se generan problemas lingüísticos y conceptuales en los litigios internacionales, en donde tiende a confundirse los conceptos de daño y perjuicio; compensación e indemnización. Es por ello que no existe una cultura jurídica transversal, y que las partes de los procesos del DII no aplican de forma correcta los conceptos que se desglosan de la responsabilidad, lo que da lugar incluso a que los árbitros indemnicen dos veces.

Tercero, frente a los métodos de reparación. Se debe mencionar que en los tribunales en materia de DII es usual que se condene a los Estados a reparar únicamente los daños en términos económicos. Esta tendencia limita las otras formas de reparación que pueden ser más prácticas y afectar en menor medida el presupuesto estatal. Por lo anterior se sugiere que los tribunales hagan uso de formas de reparación como la satisfacción, o la conciliación, que pueden ser menos costosas

para las partes, dado que el proceso toma menos tiempo, y da lugar a una opción que solucione el problema de forma efectiva. Algunos actos como declaraciones públicas, el otorgamiento de un permiso, el cambio de una norma, pueden ser mejores soluciones que un laudo con un contenido puramente económico.

En conclusión, el DII es necesario aplicarlo en las actuaciones estatales, pues este proviene de obligaciones internacionales adquiridas por el Estado colombiano, las cuales se encuentran vigentes actualmente. El Estado tiene la obligación de conocerlo y actuar conforme a este, y en caso de tener que tomar una decisión que lesione un derecho de un inversor, debe reparar dicho daño.

Conclusiones generales

La inversión extranjera directa es un fenómeno que ha sido incentivado por la globalización, y ha llevado a que se abran nuevos y grandes mercados en el mundo. Esta evidencia una pugna de poderes entre los inversores extranjeros y los Estados receptores de la inversión. El Derecho internacional de las inversiones como marco regulador tiene como concepto medular la protección a los derechos del inversor; si bien de forma reciente ha variado para que haya más igualdad entre los poderes del Estado y del inversor extranjero.

Una de las manifestaciones de la búsqueda de equilibrio entre las partes es la potestad que tiene el Estado de expropiar los derechos del inversor. Si bien se abusó del uso de ésta durante la primera mitad del s. XX, ha cambiado a través de la suscripción de los APPRI para contener obligaciones radicadas en cabeza del Estado, lo cual lo condiciona a respetar los derechos del inversor extranjero. Es por lo anterior por lo que la expropiación directa ya no sucede en la misma cantidad de antes, y la expropiación indirecta ha tomado tanto auge.

La expropiación indirecta ha tomado protagonismo porque en la actualidad múltiples tribunales de arbitraje internacional tratan este concepto, y por todos los interrogantes que deja. En este trabajo se analizó la expropiación indirecta para dilucidar su contenido, el cual ha sido tomado de los APPRI y de los laudos arbitrales en DII. La definición que se acogió en este trabajo fue la del caso *Starret Housing Corporation vs. Irán y Trippetts* en sede del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos:

“Es reconocido por el derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir de tal forma sobre los derechos de propiedad que estos derechos se vuelven inútiles. Estos

deben considerarse como expropiados, aunque el Estado no haya pretendido expropiarlos y el justo título permanezca formalmente con el dueño original” (traducción propia, 1983).

Es difícil determinar cuándo se constituye una expropiación indirecta ya que no se hace transferencia del título de propiedad al Estado, a diferencia de la expropiación directa. Lo problemático del fenómeno es la distinción entre los siguientes escenarios: una actuación que constituye una expropiación indirecta con la cual el inversor se vuelve acreedor de una compensación o una regulación a partir de los poderes policivos del Estado sin lugar a compensación. La distinción entre estos es sustancial, y dado que el sistema internacional imposibilita la aplicación de un precedente vinculante, cada tribunal resuelve conforme a su visión.

La óptica de los tribunales se ha manifestado a través de dos tendencias. Pero, es de anotar, que todo en el DII de las inversiones depende del caso, y de los matices que le otorgue el árbitro. Las tendencias son la *sole effects doctrine* y la *police power doctrine*. A futuro se debería considerar el análisis de cuáles son las actuaciones estatales que frecuentemente se señalan en el marco del arbitraje internacional de inversiones como una expropiación indirecta. De una lista de este tipo, es probable que los Estados limiten estos actuare y disminuyan las controversias sobre la materia, generando seguridad jurídica para todas las partes.

La cuestión de que el precedente no sea vinculante lleva a que en materia de la expropiación indirecta se tengan diferentes alcances sobre sus obligaciones. Es decir, ya que el supuesto de la expropiación indirecta contiene diferentes elementos, cada tribunal le otorga la definición que crea conveniente para el caso. Esto se materializa en el contenido que le han otorgado los tribunales a los estándares de protección de la inversión que regulan la expropiación indirecta en los APPRI.

Los elementos que en su mayoría incluyen los APPRI son que, toda expropiación se puede realizar, siempre y cuando el Estado receptor de la inversión realice el acto: 1) que persiga el interés general; 2) sin discriminar al inversor extranjero; 3) con un debido proceso; y 4) que compense de forma adecuada al inversor. Los elementos que se enuncian del debido proceso y la discriminación son manifestaciones de los estándares de protección al inversor, también contenidos en los APPRI. Por lo anterior, se analizaron en el trabajo para dar luces sobre el fenómeno de la expropiación indirecta.

Esta es la justificación del por qué se examinaron los elementos que configuran el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica de la expropiación indirecta en la inversión extranjera. A continuación, se desglosa la conclusión de cada objetivo específico.

En el primer capítulo se analizaron los estándares de protección a la inversión del TJE y el TN. Ambos son elementos del supuesto de hecho de la expropiación indirecta, ya que los APPRI establecen que el Estado realizará una expropiación legal siempre y cuando los respete.

Frente al TJE se recalca la importancia de su aplicación por los tribunales internacionales y cómo, ésta es parte del supuesto de hecho de la expropiación contenido en los APPRI. El derecho internacional establece categorías, no taxativas, que son las manifestaciones del estándar, son: creación de expectativas legítimas, transparencia del actuar, libertad de coerción y hostigamiento, debido proceso, y buena fe. La expropiación indirecta debe realizarse sin vulnerar las manifestaciones anteriores, ya que su violación lleva a que el Estado no solo deba pagar la compensación, sino también indemnizar.

Además, se debe resaltar que la manifestación del TJE puede variar de caso a caso, y que los tribunales pueden no adherirse a los contenidos dados en laudos anteriores. Esto debido a que no

existe un sistema de precedente jurisprudencial en el DII, y su definición en los APPRI es amplia y permite muchas lecturas. A diferencia del TN el cual está definido de manera más precisa y presenta menores posibilidades interpretativas. Esto se evidencia al momento de leer las manifestaciones de los estándares y las decisiones arbitrales, en los que son más uniformes el TN que el TJE.

Sobre el TN se resalta su necesidad para obligar a que el Estado le otorgue al inversor un trato no menos favorable que a los inversores nacionales. La dificultad de este estándar yace en determinar la base comparativa. Si bien este estándar ha sido aplicado de forma más uniforme que lo que ha sido el TJE, el establecer qué se compara con qué presenta gran dificultad. Dependerá del árbitro y el alcance que le dé a la comparación y también de lo que logre acreditar la parte que la argumenta. En este punto es pertinente ahondar en los otros elementos que puede contener el TJE.

Del análisis de ambos estándares se puede concluir que estos son los elementos que hacen parte del supuesto de hecho de la expropiación indirecta, cuya violación lleva a que el Estado deba indemnizar al inversor. Dado que no hay una definición uniforme, es difícil otorgarle un alcance, y predecir qué va a aplicar el tribunal de arbitraje. Esto genera inseguridad jurídica al Estado, ya que no se conoce el alcance de las obligaciones que fueron suscritas.

Del capítulo dos se concluye las consecuencias jurídicas que surgen a partir de la expropiación indirecta son difíciles de aplicar. Se pueden presentar dos consecuencias jurídicas, estas dependerán del actuar estatal. La primera es la compensación, la cual se deriva de una expropiación indirecta legal. La compensación se debe cuando el Estado realiza una expropiación indirecta, respetando el debido proceso, sin discriminar al inversor extranjero y encaminado al interés general. Por otro lado, si el Estado realiza la expropiación indirecta vulnerando alguno de los

estándares de protección al inversor, el inversor no solo es acreedor de la compensación sino de la indemnización que busca resarcir el daño causado.

Frente a la valoración de los perjuicios surgen múltiples dificultades, entre ellas la traducción de los conceptos de la responsabilidad civil del inglés al español y además el valor que se determine, ya que esto es subjetivo. El problema de la traducción evidencia una situación grave dentro de la globalización de la tradición del DII. La inexistencia de una cultura jurídica transversal lleva a que las partes deban intentar acomodar la tradición de su familia jurídica dentro de un régimen que se desarrolla a partir de la mezcla de dos familias jurídicas: *Civil Law* y *Common Law*. Lo anterior elimina la uniformidad que deben tener los conceptos que utilizan los árbitros para fallar sobre la reparación. Esto lleva a que se den confusiones por las partes y que incluso el árbitro compense dos veces.

En la expropiación indirecta esto se evidenció con la confusión de los términos de “compensación” e “indemnización”, los cuales son sinónimos casi siempre. En sede de la expropiación no son sinónimos, ya que cada uno es un remedio para una norma jurídica diferente, por lo tanto, su valoración tampoco es igual.

Frente a la compensación, hay múltiples formas de valorarla. Según la costumbre internacional, la cual ha sido positivizada a través de los APPRI, se dice que la compensación debe ser “pronta, adecuada y efectiva”. El valor que se debe compensar es el que tenía el activo justo antes del momento de la privación, la cual deberá ser (según la mayoría de los APPRI), apropiada, pronta y efectiva. El estándar utilizado para otorgarle el valor al activo será el del valor justo del mercado, en la actualidad hay tres formas de determinarlo. La primera y más utilizada es conforme al caso *Chorzow*, el valor justo del mercado es una situación hipotética donde el precio es el que sería utilizado para vender el activo a un comprador hipotético por un vendedor hipotético. Los otros

dos métodos son menos utilizados, ya que se consideran subjetivos. Uno se enfoca en la pérdida real que sufre el inversor, el otro se da a partir de lo que el Estado gana por la privación.

Frente a la indemnización, si el actuar del Estado es ilegal, se deberá resarcir el daño causado ya que es responsable a nivel internacional. La responsabilidad internacional adopta el fallo del caso *Chorzow* también para determinar el monto de la indemnización. El principio de reparación del daño busca que se borre, dentro de lo posible, las consecuencias del actuar, y restablecer la situación que probablemente se hubiera dado si el acto no se hubiera cometido.

Es esencial analizar los elementos que componen el supuesto de hecho de la expropiación indirecta, como su consecuencia jurídica, ya que como se ha notado hasta ahora hay grandes ambigüedades y confusiones sobre ello. Este fenómeno es actual, y afecta de gran forma al Estado colombiano, ya que los valores que deberá pagar son por inversiones millonarias. Por ello, se llama la atención al respecto de la importancia, y que incluso cualquier servidor público puede llegar a causar una controversia en este ámbito a nivel internacional, donde el Estado colombiano sería demandado. En este orden de ideas, el último capítulo del texto analizó los estándares de inversión y su posible violación por las cláusulas exorbitantes contenidas en la Ley 80 de 1993.

Las cláusulas exorbitantes son la materialización del poder estatal, justificadas por la protección del interés general. Por lo tanto, dan lugar a que el Estado pueda ser responsable internacionalmente por las violaciones de las obligaciones contenidas en los APPRI. El TJE y el TN tienen múltiples manifestaciones. Algunos de ellos no presentan conflictos frente a la aplicación de las cláusulas excepcionales, en cambio otras pueden ser violadas, aunque la actuación se realice conforme al ordenamiento jurídico colombiano. Esto es que las normas sobre cláusulas exorbitantes deben tener en cuenta las obligaciones del DII, por lo que al momento de

aplicarlas se deben armonizar con las manifestaciones de los estándares de protección a la inversión.

Se resalta que la violación de los estándares de protección en sí misma no constituye una expropiación indirecta, por lo que además de su violación se debe probar la afectación que deje sin contenido económico el derecho del inversor. Por esta razón no se puede afirmar que siempre que se aplica una cláusula exorbitante se cause una expropiación indirecta, pero si es importante tener en cuenta los efectos de esta para evitar lesionar los derechos de los inversores extranjeros. Si se armonizan los contenidos de ambas disposiciones, es poco probable que se vulneren los derechos de los inversores extranjeros.

Se debe resaltar que el DII no es un límite a la soberanía y no sustituye el ordenamiento jurídico de los Estados, son normas que buscan la protección de la inversión extranjera. Específicamente la protección de la inversión sobre los Estados que abusen de su posición de regulador, en donde se reconoce que el inversor está en una situación de desventaja. Es también cierto que el DII se ha utilizado de manera abusiva por parte de algunos inversores, lo que debe ser controlado por los tribunales en sus laudos. Aun así, es pertinente evaluar qué tanto ha permeado el derecho internacional al derecho administrativo colombiano.

La conclusión principal de este trabajo es que los servidores públicos deben conocer sobre las obligaciones internacionales e interpretar las nacionales conforme a éstas. Sería un ideal que las obligaciones internacionales sean claras, para que lo anterior se dé manera óptima. Ya que la conclusión del proceso de armonización sería la inexistencia de conflictos entre las normas internas y las externas. Pero, lo que se encontró es que no hay uniformidad dentro de estas obligaciones suscritas por Colombia, en el caso concreto de la expropiación indirecta, y que por lo tanto así el servidor intente armonizarlas, un árbitro puede darle un contenido diferente a la obligación. Por lo

anterior, surge el interrogante de cómo otorgarles uniformidad a los conceptos para la armonización de las obligaciones nacionales e internacionales.

Casos

Abreviación	Referencia
ADF Group vs. Estados Unidos	ADF Group, Inc vs. United States of America, Final Award, 9 January 2003, ICSID Rev-FILJ 195 (2003) 270, 271, 292, 294, 384, 385, 705, 1201.
Amco vs. Indonesia	AMCO Asia Corp, Pan American Development Ltd v Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1 Decision on the Proposal to Disqualify an Arbitrator, 24 June 1982 794, 795. Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Reports 389 63, 77, 832, 861, 862, 895, 896, 897, 942, 947, 955, 1019, 1116, 1191. Decision on Request for Provisional Measures, 9 December 1983, 1 ICSID Reports 410 759. Award, 20 November 1984, 1 ICSID Reports 413 114, 432, 443. (p. xv) Annulment Decision, 16 May 1986, 1 ICSID Reports 509 100, 104, 700, 847, 1138, 1139, 1146, 1147, 1148, 1191. Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, 3 ICSID Rev-FILJ 166 (1988), 27 ILM 1281 (1988), 89 ILR 552 324, 1016, 1072, 1091, 1094. Award No. 2, 31 May 1990, 1 ICSID Reports 569 96, 105, 273. Second Annulment Decision, 19 December 1992 1146, 1149.
Biloune vs. Ghana	Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITRAL ad hoc Tribunal, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989, 95 ILR 183 159, 174, 415, 427, 428, 446, 453, 1076, 1079.
Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. República de Costa Rica	CDSE v Costa Rica, Award, 17 February 2000, 5 ICSID Reports 157 110.
Duke Energy vs. Ecuador	Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19. Award 18 August 2008.

<p>Enron vs. Argentina</p>	<p>Enron Corporation and Ponderosa Assets LP vs. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/01/3 Decision on Jurisdiction, 14 January 2004, 11 ICSID Reports 273 846, 850, 865, 1101, 1102, 1192, 1197. Decision on Jurisdiction, (Ancillary Claim), 2 August 2004 82, 85, 307, 319, 330, 331, 340, 967, 1027, 1102, 1193. Award, 22 May 2007 109, 110, 462, 464, 474, 475, 480, 481, 483, 484, 486, 489, 491, 492, 493, 495, 496, 498, 499, 503, 504, 505, 512, 521.</p>
<p>Fábrica Chorzów</p>	<p>Corte Permanente de Justicia Internacional. Factory at Chorzów (Alemania vs. Polonia) (1927) PCIJ Series A, Vol. 2, no. 8 269, 414, 444, 452, 513, 715, 991, 1001, 1002, 1015, 1018, 1051, 1056–1058, 1068, 1080, 1083, 1092, 1093, 1095, 1099, 1106, 1107, 1112, 1113.</p>
<p>Feldman vs. México</p>	<p>Feldman (Karpa) vs. Mexico ICSID Case No. ARB/99/1, Award, 16 December 2002 186, 292, 294, 295, 297, 307, 328, 346, 348, 350, 351, 425, 430, 434, 435, 436, 438, 441, 447, 705, 886, 887, 1084, 1085, 1107, 1117, 1191.</p>
<p>Caso Goetz</p>	<p>Goetz vs. Republic of Burundi ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, 2001 6 ICSID Reports 5 85, 110, 307, 349, 454, 455, 845, 919, 1059, 1061, 1062, 1088, 1117, 1197, 1222.</p>
<p>Impregilo S.p.A. vs. República Islámica de Paquistán</p>	<p>Impregilo SpA v Pakistan ICSID Case No. ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005 398, 420, 442, 576, 577, 580, 837, 859, 924–927, 950, 951, 955, 960, 969, 970, 971, 982.</p>
<p>Lauder vs. República Checa</p>	<p>Lauder vs. Czech Republic, Final Award, 3 September 2001 444, 567, 711, 735, 844, 850, 914, 995, 996, 1009, 1011, 1020, 1027, 1033, 1091, 1094, 1138, 1197.</p>

Metaleclad vs. Estados Unidos Mexicanos	Metaleclad vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, 5 ICSID Reports 212 66, 107, 110, 115, 147, 176, 217, 275, 279, 280, 281, 283, 285, 286, 287, 343, 351, 425, 426, 430, 447, 448, 455, 456, 571, 572, 629, 706, 759, 844, 907, 908, 1088, 1107, 1108, 1109, 1118.
Methanex vs. Estados Unidos	Methanex vs. United States Decision on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, 15 January 2001 736, 738, 745, 746, 748, 749, 760, 762, 771, 773, 778, 779, 781, 782, 784. Partial Award, 7 August 2002 147, 260, 348, 863, 920, 944, 945, 949, 973, 1102. Application of Non-disputing Parties for Leave to File a Written Submission, 9 March 2004 748. Final Award, 3 August 2005, 44 ILM 1345 (2005) 170, 215, 415, 437, 438, 449, 451, 640, 710, 732, 733, 743, 871, 914, 921, 922, 1201.
Occidental vs. Ecuador	Occidental Exploration and Production Company vs. Republic of Ecuador, Award, 1 July 2004 106, 112, 113, 114, 275, 278, 280, 283, 285, 307, 329, 330, 331, 338, 339, 340, 346, 349, 356, 388, 436, 440, 708, 844, 850, 916, 1084, 1088, 1107, 1118.
Oscar Chinn Reino Unido vs. Bélgica	Oscar Chinn Case (UK v Belgium), International Permanent Court of Justice, Judgment, 12 December 1934, PCIJ Ser. A/B, No. 63 (1934) 412, 413, 434, 468, 715.
Phelps Dodge Corp. et al vs. República Islámica de Irán	Phelps Dodge Corp v Iran 10 Iran-US CTR 121 445, 1077, 1079.
Pope & Talbot vs. Canadá	Pope & Talbot vs. Canada Award on Motion to Dismiss, 26 January 2000 944, 955, 956, 958, 1084. Interim Award, 26 June 2000 213, 267, 414, 415, 426, 440, 455. Award on the Merits of Phase 2, 10 April 2001 213, 214, 232, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 350, 351, 353,

	383, 632. Award on Damages, 31 May 2002 176, 285, 384, 1113, 1118.
Saluka vs. Republica Checa	Saluka vs. Czech Republic Jurisdiction over Counterclaims, 7 May 2004 1098. (p. xiv) Partial Award, 17 March 2006 170, 176, 261, 262, 268, 269, 272, 275, 282, 283, 285, 287, 288, 289, 290, 300, 432, 433, 437, 438, 482, 631, 634, 709, 735, 900, 915, 1084, 1088, 1089, 1142.
SD Myers vs. Canadá	Myers (SD) Inc v. Canada, UNCITRAL, Award of 12 November 2000, 40 ILM 1408 (2001) 80, 147, 163–166, 168, 169, 173, 174, 175, 177, 213, 215, 232, 261, 266, 271, 282, 292, 293, 294, 297, 300, 415, 433, 437, 441, 443, 455, 631, 671, 673, 727, 800, 801, 1063, 1069, 1078, 1084, 1085, 1086, 1087, 1094, 1118. Second Partial Award, October 2002 1058.
Sea-Land vs. Irán	Sea-Land Services Inc vs. Iran, 6 Iran-US CTR 149 332, 334, 439, 445, 446, 1053.
Sempra vs. Argentina	Sempra vs. Argentina ICSID Case No. ARB/02/16 Award, 28 September 2007 109, 110, 462, 464, 474, 475, 480, 481, 483, 484, 486, 489, 491, 492, 493, 496, 498, 499, 503, 505, 508, 512, 513, 837, 919, 967, 1031, 1038.
Siemens vs. Argentina	Siemens AG vs. Argentine Republic ICSID Case No. ARB/02/8 Decision on Jurisdiction, 3 August 2004, 44 ILM 138 (2005) 83, 844, 847, 848, 853, 865, 882, 948, 967, 973, 982, 1101, 1198. Award, 6 February 2007 109, 110, 115, 174, 386, 392, 394, 798, 806, 839, 842, 1067, 1096, 1106, 1108.
Southern Pacific Properties Limited vs. Egipto	SPP vs. Egypt Award, 16 February 1983, 1 ICC Awards 124 106. Award, 11 March 1983, 3 ICSID Rep 46 1076. Decision on Jurisdiction I, 27 November 1985, 3 ICSID Reports 112 708, 833, 834, 835, 1016, 1023, 1024.

	Decision on Jurisdiction II, 14 April 1988, 3 ICSID Reports 131 114, 702, 703, 834, 862, 865, 1016. Award, 20 May 1992, 3 ICSID Reports 189 95, 96, 100, 115, 166–168, 169, 174, 175, 414, 435, 1094, 1096, 1107, 1118.
Starret Housing Corporation vs. Iran	Starrett Housing Corp vs. Government of the Islamic Republic of Iran, 4 Iran-US CTR 122 (1983) 414, 424, 428, 434, 439, 454, 1064, 1067, 1074, 1082.
Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos	Tecmed v. United Mexican States ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, 43 ILM 133 (2004) 25, 31, 147, 170–2013, 173, 174, 176, 177, 272, 275, 279, 280, 283, 343, 391, 409, 430, 431, 436, 443, 446, 450, 455, 630, 631, 633, 634, 705, 861, 1074, 1076, 1088, 1119.
Tippetts vs. TAMS-AFFA	Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton vs. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-US CTR 219 424, 439, 445, 446, 454, 1070.
Thunderbird vs. Estados Unidos Mexicanos	International Thunderbird Gaming v. United Mexican States, Award, 26 January 2006 176, 275, 298, 337, 343, 354, 710, 914, 1064, 1088, 1089.
Too vs. Greater Modesto Insurance	Too vs. Greater Modern Insurance Associates & the USA, 23 Iran-US CTR 378 345.

Referencias

- Alvarez, J. E. (2011). *The Public International Law Regime Governing International Investment*. New York: The Hague Academy of International Law.
- Crawford, J. (2013). *State Responsibility The General Part* (first). Cambridge: Cambridge University Press.
- Dasgupta, R. (2013). *International Interplay: The Future of Expropriation Across International Dispute Settlement*. Newcastle: Cambridge Scholars Publishing.
- Dávila Viñueza, L. G. (2016). *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal* (3.^a ed.). Bogotá: Legis.
- Dolzer, R., & Bloch, F. (2003). Indirect Expropriation: Conceptual Realignment? *International Law Forum du droit international*, 5, 155-165.
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law* (Second). Oxford: Oxford University Press.
- Expósito Vélez, J. C. (2013). *Forma y Contenido del Contrato Estatal* (Primera ed). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gaines, S. E. (2006). Methanex Corp. v. United States. *The American Journal of International Law*, 100(3), 683-689.
- Gálea, I., & Biris, B. (2014). National Treatment in International Trade and Investment Law. *Acta Juridica Hunarica*, 55(2), 174-183.
- Grierson-Weiler, T. J., & Laird, I. A. (2008). Standards of Treatment. En *The Oxford Handbook of International Investment Law*.
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0008>
- Heiskanen, V. (2007). The Doctrine of Indirect Expropriation in Light of the Practice of the Iran-United States Claims Tribunal. *Journal of World Investment & Trade*, 8(2).
- Kriebaum, U. (2007). Regulatory takings: Balancing the interests of the investor and the state. *The Journal of World Investment & Trade*, 8(5), 717-744.
- López Escarcena, S. (2014). *Indirect Expropriation in International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Marboe, I. (2006). Compensation and Damages in International Law: the Limits of «Fair Market Value». *The Journal of World Investment & Trade*, 7(5), 723-259.
- Ranjan, P., & Anand, P. (s. f.). *Determination of Indirect Expropriation and Doctrine of Police Power in International Investment Law: A Critical Appraisal*.
<https://doi.org/https://doi.org/10.2139/ssrn.2728839>
- Reinisch, A. (2008). Expropriation. En *The Oxford Handbook of International Investment Law* (pp. 407-458). New York: Oxford University Press.
<https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199231386.013.0008>

Van Den Bossche, P., & Werner, Z. (2013). *Economic Globalisation and the Law of the WTO*. New York: Cambridge University.

Van Harten, G. (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. New York: Oxford University Press.

Wälde W., T., & Sabahi, B. (2008). Compensation, Damages, and Valuation. En P. Muchilinski, F. Ortino, & C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (1.^a ed., pp. 1049-1116).