

PABLO ARTURO DURÁN BONILLA

**LA EXPERIENCIA COLOMBIANA EN EL SISTEMA CIADI: HACIA UN
REPLANTEAMIENTO DE LA POLÍTICA ESTATAL FRENTE AL DERECHO
INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES**

(Tesis de Grado)

Bogotá D.C., Colombia

2019

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
TESIS DE GRADO

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestroza Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

**Directora Departamento
Derecho Constitucional:** Dra. Magdalena Correa Henao

Director de Tesis: Dr. Federico Suárez Ricaurte

Presidente de Tesis: Dra. Magdalena Correa Henao

Examinadores: Dr. Wilfredo Robayo Galvis
Dr. Bernardo Vela Orbegozo

*“La soberanía es para un país lo que la dignidad es
para el hombre”*

Carlos Gaviria Díaz

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I. INVERSIÓN EXTRANJERA Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN	1
1. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: MITOS Y REALIDADES	2
2. EL CASO COLOMBIANO	11
3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	20
CAPÍTULO II. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA – ESTADO.....	23
1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO	24
1.1 LA GUERRA O DIPLOMACIA DE LOS CAÑONES	24
1.2 PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA	25
1.3 PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.....	28
2. LAS IMPLICACIONES PRESUPUESTALES DE UN ARBITRAJE DE INVERSIÓN ANTE EL CIADI: UNA MIRADA DESDE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA.....	33
2.1 COSTOS DE DEFENSA DEL ESTADO.....	36
2.2 PRETENSIONES DE LOS INVERSIONISTAS	36
3. EJECUTORIEDAD DE LOS LAUDOS.....	39
4. ANÁLISIS DEL LAUDO CASO GLENCORE Y PRODECO VS COLOMBIA	42
4.1 HECHOS	42
4.2 ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	43
4.3 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL	44

4.4 DECISIÓN	44
4.5 ALGUNAS CONSIDERACIONES	45
5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	45
CAPÍTULO III. REPLANTEAMIENTO DE LA POLÍTICA EXTERIOR EN MATERIA DE INVERSIÓN	47
1. LA IMPARCIALIDAD DEL CIADI: UN ESPEJISMO EN EL DESIERTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES	48
1.1 UN SISTEMA PERMEADO POR LA INSEGURIDAD JURÍDICA.....	50
1.2 LA PUERTA GIRATORIA: RECUSACIONES INEFICACES.....	50
1.3 LA FINANCIACIÓN POR PARTE DE TERCEROS.....	53
2. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES CONTENIDOS EN LOS AII.....	55
2.1 LA PROHIBICIÓN DE LOS REQUISITOS DE DESEMPEÑO	56
2.2 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO	57
2.3 TRATO NACIONAL.....	58
2.4 PROHIBICIÓN DE EXPROPIACIÓN, NACIONALIZACIÓN O ESTATIZACIÓN	61
2.5 LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA	62
2.6 COMENTARIOS FINALES RESPECTO DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES.....	63
3. RELACIÓN ENTRE LA SUSCRIPCIÓN DE AII Y LA ATRACCIÓN DE IED	64
3.1 BOLIVIA	66
3.2 ECUADOR	70
4. OTRAS TENDENCIAS	73
5. EN BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS.....	75
5.1 RENEGOCIACIÓN DE AII VIGENTES.....	75
5.2 UN NUEVO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS AII.....	77

5.3 OTROS MECANISMOS Y ESCENARIOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.....	78
5.3.1 Ecuador y el proyecto de resolución de controversias de UNASUR.....	78
5.3.2 La experiencia brasileña de los ACFIS	79
5.3.3 El CETA	79
6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	80
CAPÍTULO IV. EL CASO ECO ORO MINERALS CORP VS COLOMBIA	82
1. HECHOS	82
2. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICADA AL CASO SANTURBÁN	90
3. EL ARTÍCULO 815 DEL TLC CANADÁ-COLOMBIA.....	93
4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	94
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFÍA.....	99
ANEXO	111

LISTA DE ILUSTRACIONES

	Pág.
Ilustración 1: Flujos de IED recibidas por sectores en el año 2016.....	14
Ilustración 2: IED en Colombia entre los años 2000-2017	15
Ilustración 3: Número total de casos CIADI registrados por año calendario	29
Ilustración 4: Laudos proferidos por los tribunales del CIADI frente a países latinoamericanos	49
Ilustración 5: IED en Bolivia entre los años 1970-2017.....	69
Ilustración 6: IED en Ecuador entre los años 1976-2017	72
Ilustración 7: Mapa del Páramo de Santurbán	86

LISTA DE TABLAS

	Pág.
Tabla 1: TBI's vigentes en Colombia.....	30
Tabla 2: TLC's vigentes en Colombia	31
Tabla 3: All's en perfeccionamiento y negociación por parte de Colombia...	31
Tabla 4: Total de casos Argentina en el CIADI	35
Tabla 5: Casos concluidos Argentina en el CIADI	35
Tabla 6: Países de América Latina con mayor entrada de IED durante el 2017	65
Tabla 7: All's vigentes y demandas recibidas en el CIADI.....	74

LISTA DE ACRÓNIMOS

AII:	Acuerdo Internacional de Inversión
CDB:	Convenio de Diversidad Biológica
CFI:	Corporación Financiera Internacional
CIADI:	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CIDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIES:	Dirección de Inversión Extranjera y Servicios
Estados AELC:	Estados parte de la Asociación Europea de Libre Comercio: Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza
FMI:	Fondo Monetario Internacional
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
TBI:	Tratado Bilateral de Inversiones
Triángulo Norte:	Grupo de Estados conformado por El Salvador, Honduras y Guatemala
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD:	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia las políticas económicas han tenido influencia directa sobre los ordenamientos jurídicos y las regulaciones normativas de los diferentes países del orbe. Las naciones de América Latina no han sido una excepción a esta regla general, la apertura económica de la década de los noventa dio lugar a una serie de modificaciones estructurales en los textos constitucionales de varios países de la región, haciendo de estos cambios normativos los rieles legales sobre los cuales se echaría a andar la locomotora de la nueva política económica mundial imperante basada en la liberalización comercial, el libre flujo de capitales, las privatizaciones, los ajustes fiscales y la flexibilización laboral.

Los grandes organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial fueron los encargados de promover e impulsar las políticas del “*Consenso de Washington*”¹ en los países del Sur Global, dentro de este paquete de medidas de ajuste y reestructuración económica vale la pena resaltar la promoción de la inversión extranjera, a la que se le atribuyó un sin número de beneficios, tales como: la generación de efectos positivos sobre el crecimiento industrial, la transferencia tecnológica, la generación de riqueza y

¹ Tal como lo señalan *Eslava Luis, Obregón Liliana y Urueña René* “Nombre que recibieron las políticas económicas promovidas por las instituciones del Bretton Woods (el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) y por la Organización Mundial del Comercio que insertaron medidas de libre comercio y competencia sin barreras en los países en vías de desarrollo. El catálogo de las políticas y reformas del consenso de Washington se sintetiza en los siguientes puntos: 1. Disciplina fiscal; 2. Reducción del gasto público, especialmente, en los rubros militar y de administración pública; 3. Reforma de impuestos; 4. Liberalización financiera, con tasas de interés determinadas por el mercado; 5. Competitividad en los tipos de cambio y unificación de los mismos; 6. Libre comercio internacional; 7. Promoción de la inversión extranjera directa; 8. Privatización de empresas estatales; 9. Desregulación de la economía; 10. Protección de los derechos de propiedad”. *Eslava Luis, Obregón Liliana y Urueña Rene, Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): Ayer y Hoy* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2016), p.41.

bienestar social, la capacidad de crear más y mejores empleos, el incremento de la competitividad, los avances en infraestructura, entre muchos otros más².

Por tal razón, varios de los gobiernos de América Latina y el Caribe que siguieron cabalmente el recetario propuesto por la doctrina económica neoliberal³, decidieron empezar a generar un clima favorable para la inversión extranjera y, bajo esa lógica, empezaron a otorgar un sinfín de beneficios y garantías al capital foráneo, proveniente principalmente de grandes empresas de los países del norte, para que este se estableciera en sus territorios. Dentro de estas garantías otorgadas por los Estados a los inversionistas extranjeros se encuentran la suscripción de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII)⁴ con mecanismos de solución de controversias inversionista–Estado y la suscripción y ratificación del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados* también conocido como *Convenio CIADI* ⁵.

Los AII suelen celebrarse entre naciones económicamente asimétricas y, por lo general, contienen cláusulas bastante amplias y ambiguas que tienden a favorecer al inversor, y que al mismo tiempo generan el conocido fenómeno del *enfriamiento regulatorio*⁶, impidiéndole al Estado receptor de la inversión

² Chang, Ha-Joon. *¿Qué fue del buen samaritano? Naciones ricas, políticas pobres*, Barcelona, Intermón Oxfam, 2008, p.93.

³ De acuerdo con *Stiglitz* la escuela económica neoliberal se caracteriza por la defensa del fundamentalismo del mercado que se basa en los supuestos de una competencia perfecta, unos mercados perfectos y una información perfecta, así mismo promueve la libre circulación de capitales internacionales, la política de privatización de las empresas públicas y la mínima intervención del Estado en la economía. Stiglitz, Joseph E, *El precio de la desigualdad* (Bogotá: Taurus, 2012), p.13.

⁴ Categoría que comprende los siguientes instrumentos: capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

⁵ Mediante la ley 267 de 1995 el Estado Colombiano aprobó el Convenio CIADI, el 15 de julio de 1997 fue ratificado y el 14 de agosto de ese mismo año entró en vigencia.

⁶ Como consecuencia de la interpretación arbitral de los estándares de protección de los Acuerdos Internacionales de Inversión, cada vez más inclinada a favorecer los derechos de los inversores en desmedro de los Estados, se ha empezado a advertir una tendencia en estos últimos, denominada por los tratadistas como “*enfriamiento regulatorio*”, consistente en “*la*

regular libremente determinados asuntos económicos, laborales, ambientales, sociales y fiscales de interés público, pues de llegar a hacerlo podría lesionar los derechos, intereses y expectativas de ganancia de los inversionistas y por lo tanto, verse obligado a comparecer ante un tribunal de arbitraje internacional de inversión, lo que al mismo tiempo podría llevarlo a una eventual condena en caso de un laudo desfavorable y consecuentemente al pago de exorbitantes sumas de dinero que en muchas ocasiones sobrepasan la capacidad económica de los países, amenazando así los presupuestos nacionales y, por lo tanto, las garantías y derechos que deben otorgar los Estados Sociales de Derecho a sus ciudadanos⁷.

Desde entonces, varios países latinoamericanos han sido demandados ante el CIADI por inversionistas extranjeros alegando que los Estados han incumplido con las obligaciones adquiridas mediante los AIIs. A la fecha, los países de la región han recibido 231 demandas en el sistema⁸.

inhibición que sufren las respectivas agencias estatales para modificar y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera a las consecuencias legales que pueden sobrevenir” Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo, “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, Revista del Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR, Año 3, No. 5; Marzo 2015; p.65-94.

⁷ En el caso CIADI No. ARB/06/11 de *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company vs La República del Ecuador*, el Estado fue condenado, mediante laudo del 20 de septiembre de 2012, a pagar la suma de US\$1.769.625.000 (Mil setecientos sesenta y nueve millones seiscientos veinticinco mil dólares) al inversor, junto con intereses devengados desde el 16 de mayo de 2006 hasta la emisión del laudo, sobre el monto de indemnización a una tasa anual del 4,188% compuestos anualmente, e intereses devengados con posterioridad a la emisión del Laudo a la tasa LIBOR a seis meses de los Estados Unidos, compuestos mensuales. La suma de la condena, es de aclarar, sería reducida a un monto de US\$1.061.775.000 (Mil sesenta y un millones setecientos setenta y cinco mil dólares) mediante decisión de anulación del día 29 de octubre de 2015, proferida dentro del mismo caso, manteniendo en todo caso la condena sobre intereses causados antes y después de la emisión del laudo. No obstante la reducción, la condena, sin incluir intereses, aún equivalía, en el año 2015, al 1% del Producto Interno Bruto del Ecuador, teniendo en cuenta que éste ascendía a US\$100.177 Millones de dólares en esa fecha, según cifras del Banco Central de ese país.

⁸ Estadística obtenida en base a los datos proporcionados por el CIADI <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> criterio de búsqueda: “base de datos de casos”, “nacionalidad del demandado”.

En el caso Colombiano, el país ha sido demandado en diez oportunidades ante el centro arbitral⁹, del total de demandas nueve están en curso y una fue decidida recientemente, se trata de la reclamación iniciada por la multinacional suiza *Glencore* y su filial en Colombia *Prodeco* como respuesta a una sanción que la Contraloría General de la República le impuso a *Prodeco* por irregularidades en el cálculo y pago de regalías que generaron un grave detrimento patrimonial para la nación. El día 27 de agosto de 2019, el CIADI profirió laudo resolutorio de la controversia, a través del cual declaró la responsabilidad internacional del Estado y le ordenó al gobierno nacional el pago de 19.1 millones de dólares más intereses a favor de la trasnacional.

Con el panorama previamente expuesto y teniendo en consideración la oleada de demandas recibidas hasta la fecha por el Estado Colombiano en el sistema internacional de arbitraje de inversiones CIADI, el presente trabajo de investigación pretende resolver la siguiente pregunta: ¿Debe replantearse la política del Estado en materia de derecho internacional de las inversiones con el fin de evitar futuras y onerosas reclamaciones? El argumento central del trabajo será una respuesta afirmativa a dicho interrogante, bajo el entendido de que la política actual genera una alta vulnerabilidad para que el Estado siga siendo demandado y que los centros arbitrales como el CIADI no representan escenarios imparciales para la resolución de eventuales controversias que se desprendan de los AI. En ese sentido se propondrá el replanteamiento de la actual política imperante a través de los siguientes mecanismos: renegociación de los AI vigentes, control de constitucionalidad no solo de forma sino también de fondo sobre futuros acuerdos que se negocien, como el ya realizado en las sentencias C-252 y C-254 del 2019¹⁰, y la búsqueda de diversos instrumentos

⁹ En el año 2018 Colombia fue el Estado más demandado en el CIADI con cinco procedimientos registrados <https://ciarglobal.com/colombia-peru-y-espana-los-paises-mas-demandados-en-arbitraje-ciadi-en-2018/>

¹⁰ Relativas al TBI con Francia y al TLC con Israel.

para la resolución de conflictos de inversión distintos al arbitraje internacional inversionista-Estado.

La metodología de investigación empleada en este trabajo es de corte dogmático con una orientación crítico-prescriptiva, se buscó entonces que la solución al problema de investigación no se limitara a un cambio de interpretación sobre el derecho positivo vigente, sino que por el contrario, se propendiera por una modificación del marco político y normativo que regula las relaciones económicas y jurídicas del Estado Colombiano en el campo del derecho internacional de las inversiones¹¹.

Para responder la pregunta planteada y desarrollar el argumento central previamente comentados, la investigación se dividió en cuatro partes. En el primer capítulo, se analizó el concepto de IED y sus efectos sobre los países receptores de la inversión, haciendo especial énfasis en dar respuesta a la pregunta ¿La IED genera riqueza y bienestar social en los países donde se establece? Posteriormente se estudió la historia de la IED en Colombia y el papel que le han dado los últimos gobiernos como variable “indispensable” para el crecimiento y desarrollo económico del país.

El segundo capítulo realiza un recuento de la evolución histórica de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado hasta llegar al modelo actual del arbitraje internacional de inversiones, y posteriormente, centra su atención en las implicaciones presupuestales de un arbitraje de inversión ante el CIADI teniendo en cuenta principalmente dos factores: los costos de defensa del Estado y las pretensiones de los inversionistas. Así mismo, se estudió el tema de la ejecutoriedad de los laudos en el sistema

¹¹ Courtis, Christian El juego de los juristas. “Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, *Observar la ley: ensayos sobre la metodología de la investigación jurídica*, Madrid, editorial Trotta, 2006, p. 115.

CIADI y sus diferencias con la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras o Convención de Nueva York. Por último se hizo un análisis sobre el reciente laudo del caso *Glencore-Prodeco* y de las implicaciones que esta decisión tiene para la nación.

A partir de allí, en el tercer capítulo se estableció la necesidad de replantear la política exterior en materia de derecho de las inversiones que ha manejado el país durante los últimos años, aquí se buscó demostrar que la nación seguirá siendo blanco de demandas por parte de los inversores a menos que el gobierno colombiano decida renegociar los AIIs vigentes y empiece a buscar mecanismos alternativos de solución de controversias inversionista-Estado diferentes al arbitraje de inversión ante el CIADI, cuyas características y estructura impiden que exista imparcialidad en el sistema y por el contrario, prevalezca una marcada tendencia de favorecimiento a los intereses de los inversionistas.

Finalmente, en el último capítulo se analizó el caso *Eco Oro Minerals Corp vs Colombia*, pues si bien es cierto que es necesario replantear la política vigente para evitar futuras demandas, hoy se ciernen sobre el Estado Colombiano nueve solicitudes de arbitraje CIADI en las que tendremos que defendernos de la mejor manera para evitar cuantiosas condenas. En este apartado se revisaron los hechos que dieron lugar a la controversia y se analizaron los diversos mecanismos de defensa que podría emplear el Estado en este caso con el fin de obtener un laudo favorable a sus intereses.

La redacción de varios de los capítulos no hubiese sido posible sin el trabajo conjunto del grupo de la línea de investigación *Análisis crítico sobre el modelo de arbitraje inversionista-Estado en América Latina*, que desde inicios del año pasado emprendió una labor de sistematización y análisis de los diferentes casos que enfrentan los países de la región en el sistema, en mi caso me

correspondió estudiar a México. Los resultados obtenidos permitieron otorgarle un mayor sustento fáctico a los diversos postulados críticos esbozados a lo largo del trabajo, principalmente los relacionados con la imparcialidad y neutralidad del CIADI.

Un primer avance del trabajo fue presentado el día miércoles 17 de octubre del año 2018 en una de las mesas de trabajo de las XIX Jornadas de Derecho Constitucional: *¿El Estado constitucional en jaque?* Sin duda alguna, los comentarios, preguntas y discusiones que se suscitaron con la presentación de la ponencia lograron enriquecer mucho más estas líneas y culminar satisfactoriamente todo el trabajo investigativo.

CAPÍTULO I. INVERSIÓN EXTRANJERA Y ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Frecuentemente se ha catalogado la IED como una de las variables fundamentales para el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo. Múltiples ventajas se le atribuyen a este tipo de inversión¹², como lo pueden ser la generación de empleos directos a los nacionales, la transferencia de tecnología y técnicas para aumentar los rendimientos de la producción de bienes y servicios en determinados sectores, el incremento de ingresos al Estado por aumento del recaudo tributario y la creación de infraestructura ligada al transporte y explotación de *commodities*¹³.

La persecución de estos beneficios ha generado una reacción entusiasta por parte de la administración de los Estados interesados en atraer IED, traducida en la adopción de políticas atractivas para los inversionistas extranjeros mediante la implementación de incentivos tales como: la flexibilización de las cargas impositivas, los beneficios fiscales y la suscripción y aplicación de acuerdos internacionales que adoptan estándares para la protección de la inversión, típicamente encontrados en la forma de AII.

Sin embargo, a pesar del frecuente uso que hacen los Estados de estos acuerdos de protección de inversiones, han surgido autorizadas voces desde la academia de la teoría económica que han formulado importantes críticas a la real utilidad que la IED genera en las naciones en vías de desarrollo y han postulado que, contrario a los idílicos beneficios que la visión neoliberal le

¹² De la Mora Sánchez, Luz María. “Políticas para la atracción de inversión extranjera directa como impulsora de la creación de capacidades locales y del cambio estructural – El caso de México, CEPAL” –, *Serie Desarrollo Productivo*, No. 216, Santiago, 2017, p. 63.

¹³ Oglietti Guillermo y Navarro Francisco. “Análisis de la Inversión Extranjera Directa en América Latina 1990-2016”, p.1; disponible en: <https://www.celag.org/analisis-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-1990-2016/>

atribuye a la IED, es indudable que existen desventajas de alto impacto para los Estados receptores que superan ampliamente las ventajas que tradicionalmente se le atribuyen.

Dadas las advertencias lanzadas a partir de distintos puntos de vista desde la academia, es pertinente cuestionar si la IED efectivamente genera riqueza y bienestar social en los países que la reciben. Por esta razón, se iniciará el capítulo presentando los argumentos que ponen en tela de juicio el paradigma de la IED como factor puramente generador de externalidades positivas, o sí por el contrario, existen consecuencias económicas, sociales y ambientales derivadas de la IED, que vale la pena plantear frente a los beneficios que se le suelen atribuir.

A continuación, se expondrán las medidas que el Estado Colombiano ha aplicado históricamente frente a la inversión extranjera, prestando especial atención en los incentivos que han reconocido los últimos gobiernos en la materia.

Con el presente capítulo, se pretenderá otorgar al lector el contexto suficiente para determinar si las políticas que el Estado Colombiano ha adoptado frente a la IED son idóneas y adecuadas para generar riqueza y mejorar el bienestar social, ambiental y económico del país a lo largo de los años, o si por el contrario, estas medidas han sido en conjunto perjudiciales por superar los supuestos beneficios que puedan haber cosechado.

1. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: MITOS Y REALIDADES

La mayor parte de los países de América Latina y el Caribe compartían unas características económicas comunes al finalizar la década de los ochenta. La ausencia de aparatos productivos nacionales consolidados, los reducidos

procesos de inversión, la precaria industrialización y los bajos niveles de ahorro nacional eran denominadores comunes en la región¹⁴. Ante tal conjunto de factores económicos negativos, la ortodoxia del Banco Mundial propuso como fórmula “ineludible” para el crecimiento y desarrollo de nuestras economías: la IED y las inyecciones de capital foráneo.

En términos generales, la IED se define como la inversión de capital que realiza una persona natural o jurídica en un país extranjero¹⁵. Esta entrada de capitales puede hacerse a través de la creación de nuevas plantas productivas o con la participación en empresas ya consolidadas para conformar una filial de la compañía inversora¹⁶.

Los economistas del FMI *Loungani* y *Razin* han sostenido que son múltiples las ventajas que se desprenden de la IED y que benefician a los países en desarrollo receptores de la inversión. Transferencia de tecnología, incremento de los ingresos tributarios, transmisión de un “saber hacer” gerencial, generación de empleo y desarrollo de capital humano son solo algunas de las bondades que se le atribuyen a los flujos de capital foráneo¹⁷.

Aunado a lo anterior, algunos expertos del Banco Mundial, entre ellos *Weigel*, *Gregory* y *Wagle* establecieron como una premisa casi absoluta que los flujos de capital extranjero provenientes de las grandes empresas de los países del norte reemplazarían el ahorro nacional ausente en los países del sur, lo que a

¹⁴ Estay Reyno, Jaime. “América Latina en la década de los ochenta”, *Ensayos de Economía*, Volumen 2, Número 4, Medellín, 1991, p.12.

¹⁵ Garay, Ane. “Diccionario crítico de empresas transnacionales”; disponible en: <http://omal.info/spip.php?article4822>

¹⁶ *Ibídem*.

¹⁷Loungani, Prakash y Razin, Assaf. “¿Qué beneficios aporta la inversión extranjera directa?”, *Finanzas y Desarrollo – Revista del FMI*, Volumen 38, n°2, junio de 2001, p.7.

su vez generaría riqueza, que posteriormente se traduciría en bienestar social para los ciudadanos mediante mecanismos de distribución¹⁸.

Sin embargo, los planteamientos del Banco Mundial y del FMI han sido seriamente cuestionados por importantes expertos en temas económicos, principalmente los de la escuela heterodoxa¹⁹, que han señalado que es escasa la evidencia empírica que demuestre que la IED genera riqueza para el país receptor de la inversión, lo anterior teniendo en cuenta que el capital solo va a donde puede salir²⁰ y que una vez culminado el proyecto de inversión, el inversionista comienza a descapitalizar transfiriendo las utilidades generadas y el capital invertido a su país de origen²¹.

Así mismo, se ha dicho que la IED contribuye con el crecimiento y la generación de empleo en los países receptores de la inversión gracias a las inversiones en capital²², sin embargo *Bresser-Pereira y Gala* señalan: “*Si bien los países de ingresos medios son pobres en capital, los déficits en cuenta corriente (ahorro externo), financiados ya sea por préstamos o por inversiones extranjeras directas, no aumentarán la tasa de acumulación de capital*”²³.

Un estudio del Centro de Inversión Sostenible de la Universidad de Columbia demostró que las empresas multinacionales que operaron en países en vías de desarrollo entre los años 2002 y 2011 cuadruplicaron sus ganancias, en el caso concreto de Latinoamérica las utilidades de estas compañías incrementaron de US\$20.000 millones en 2002 a US\$113.000 millones en

¹⁸ Weigel, Dale; Gregory, Neil & Wagle, Dileep. “Inversión Extranjera Directa”, *Experiencias de la CFI*, Washington, 1997.

¹⁹ Hacen parte de esta corriente Rodrik, Stiglitz, Weisskopf, Chang, entre otros.

²⁰ Chang, Ha-Joon, *Op. Cit.* p.107.

²¹ Oglietti Guillermo y Navarro Francisco, *Op. Cit.* p.2.

²² Oglietti Guillermo y Navarro Francisco, *Op. Cit.* p.2.

²³ Gala, Paulo and Bresser-Pereira, Luiz Carlos. “Why foreign savings fail to cause growth”, *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 27, n° 1 (105), January-March/2007, p.1.

2011²⁴, lo que contrasta con los indicadores sociales de varios países de la región en los que la pobreza, el desempleo y la desigualdad han aumentado considerablemente en los últimos 20 años. Nueve de los diez países más desiguales del mundo son latinoamericanos²⁵, el índice de desempleo en la región ronda el 9,3%²⁶ y la pobreza extrema alcanzó su nivel más alto desde 2008 llegando al 10,2%²⁷.

Estas cifras evidencian que los inversionistas extranjeros se encargan de repatriar una muy buena parte de las ganancias generadas por concepto de IED, lo que se traduce en grandes cantidades de dinero que “escapan” de Latinoamérica año tras año, generando ausencia de capital, un efecto adverso en la balanza de pagos y estancamiento del desarrollo económico²⁸.

Frente a este punto, resulta importante señalar que la entrada de IED no es una dádiva a la economía de determinado país, sino que termina constituyendo un pasivo que genera egresos de capital que influyen negativamente en la cuenta corriente del país receptor²⁹. Es decir, que las divisas que ingresan por concepto de inversión extranjera, eventualmente, se

²⁴ Pérez Ludeña, Miguel. “The rise of FDI income, and what it means for the balance of payments of developing countries”, *Columbia FDI Perspectives*, n°122, May 2014, p.1.

²⁵ Los 10 países más ricos del mundo... y los 10 más desiguales. *Revista Dinero*. Bogotá, 7 de marzo de 2018; disponible en: <https://www.dinero.com/economia/articulo/los-10-paises-mas-ricos-del-mundo-y-los-paises-mas-desiguales/259786>

²⁶ El desempleo en América Latina se mantendrá en 9,3 % en 2018. *Portafolio*. Bogotá, 23 de octubre de 2018; disponible en: <https://www.portafolio.co/internacional/el-desempleo-en-america-latina-se-mantendra-en-9-3-en-2018-522572>

²⁷ Panorama Social de América Latina, CEPAL, 2018; disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44395/11/S1900051_es.pdf

²⁸ Oglietti Guillermo y Navarro Francisco, *Op. Cit.* p.5.

²⁹ ¿El lado oscuro de la inversión extranjera?. *Revista Dinero*. Bogotá. 12 de noviembre de 2019; disponible en: <https://www.dinero.com/economia/articulo/deficit-en-cuenta-corriente-de-colombia-en-2019/267017>

convertirán en fuga de capital que retornará hacia el país origen de la inversión³⁰.

Buena parte de la IED que ingresa a América Latina contribuirá a cargar el pasivo de la región, sin que ello necesariamente se traduzca en beneficios para el aparato productivo de las naciones. Gran parte de estas inversiones consisten en fusiones o adquisiciones que no contribuyen a ampliar la capacidad instalada, ni transforman la matriz productiva de la región³¹. Es decir, no se estimula la producción de bienes para cubrir el consumo interno ni para generar exportaciones³² que se traduzcan en ingresos de divisas en la cuenta corriente nacional.

Mantener la dependencia del ingreso de capitales extranjeros para cubrir los egresos que cargan a la cuenta corriente del país receptor implica que, ante un evento de disminución de precios internacionales del crudo o de los bienes mineros, eventos que desestimulan la entrada de IED en sectores económicos primarios, los egresos superarán los ingresos de divisas que ingresan al país, circunstancia que a la postre resultará en una disminución del crecimiento económico y en recesión³³.

³⁰ Los AII son los instrumentos jurídicos que permiten brindarle seguridad a la inversión extranjera, es preciso señalar entonces que una de sus funciones principales consiste en garantizar que los capitales foráneos puedan ser repatriados hacia su país de origen.

³¹ Oliva Pérez, Nicolás; Serrano Mancilla, Alfredo y Oglietti, Guillermo. ¡Sí hay alternativas en Ecuador! Propuestas de políticas Económicas Heterodoxas, *Unidad de Debates Económicos – Celag.org*, 24 de septiembre de 2017; disponible en: <https://www.celag.org/politicas-economicas-heterodoxas-alternativas-ecuador/>

³² “*En definitiva, los sectores a los que se dirigió la inversión extranjera (en Latinoamérica) fueron sectores que no generan exportaciones, como los servicios públicos y las finanzas, donde desplazaron a empresas locales y se generaron economías de enclave, es decir, empresas integradas al mundo pero aisladas de su entorno geográfico más inmediato, y así fue como desaparecieron, por ejemplo, gran parte del tejido empresarial de proveedores de las grandes empresas privatizadas que fueron sustituidas por importaciones*”. Oglietti Guillermo y Navarro Francisco. “Análisis de la Inversión Extranjera Directa en América Latina 1990-2016”, p.1; disponible en: <https://www.celag.org/analisis-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-1990-2016/>

³³ *Revista Dinero*. ¿El lado oscuro de la inversión extranjera? *Op. Cit.*

Después de varios años de presenciar el comportamiento de la IED en América Latina, se ha observado que en varios países de la región, los egresos por renta de IED son mayores que los ingresos por flujos de IED. Además, en ello se ha constatado que la creación de empleo por IED es secundaria y depende fuertemente del sector en que se encuentre la inversión³⁴.

La desmitificación de los efectos económicos de la IED ha sido explicada en mejores términos por el economista Guillermo Oglietti, quien ha concluido que existe un círculo vicioso en la situación financiera de los países en vías de desarrollo, consistente en que:

“A medida que el monto de IED crece, aumenta así mismo la repatriación del excedente y el déficit en la cuenta de rentas de la inversión. De manera circular, los países receptores de IED pueden verse apremiados para atraer más inversiones externas que contribuyan a financiar sus incrementadas necesidades anuales, realimentando el proceso”³⁵.

Este círculo vicioso de la IED, concluye el académico, no trae consigo ninguna ventaja aparente, pues el sólo hecho de que la inversión ingrese a un país no implica que se vaya a hacer una inversión física en el territorio ni que se realicen transferencias tecnológicas a otras empresas del respectivo sector. Todo lo contrario, las multinacionales son reacias a difundir los elementos que les otorgan ventajas competitivas en el mercado doméstico.

Inclusive, en otros foros, se ha observado que la IED impacta negativamente el crecimiento económico. Esto se desprende de análisis econométricos efectuados sobre la relación de las variables IED y PIB en Argentina, México, China, Brasil y Corea del Sur, de los cuales se ha concluido que la IED es un

³⁴ Bárcena, Alicia. “Lecciones aprendidas de la IED en América Latina y el Caribe”, presentación CEPAL, La Habana, 29 de abril de 2015. p. 35; disponible en: https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/150428_25anos_de_ied_en_alc_ultimaversipdf

³⁵ Oglietti, Guillermo. La relación de causalidad entre el crecimiento y la IED en Argentina. ¿Pan para hoy, hambre para mañana?. *El Trimestre económico*. Vol. LXXIV (2) Núm. 294, abril-junio de 2007, Fondo de Cultura Académica, p. 373.

actor marginal en el crecimiento económico de las naciones³⁶ y, contrario a lo que se piensa tradicionalmente, es el crecimiento del PIB el factor que atrae la inversión extranjera más no al contrario.

Por otro lado, los incentivos que se emplean para la atracción de la IED suelen ser costosos y difíciles de revertir³⁷: a los inversionistas se les debe garantizar que obtendrán mayores utilidades de las que tendrían en sus países de origen, hay que asegurarles también una carga tributaria mínima o inexistente y mano de obra barata contratada sin mayores garantías laborales ni de seguridad social³⁸.

Así mismo, los territorios y las poblaciones en donde se establece el capital extranjero (principalmente del sector extractivo) tienden a sufrir consecuencias negativas en diversas materias durante el desarrollo de la inversión e inclusive varios años después que ha culminado la misma, graves efectos en temas ambientales, sociales y de derechos humanos son las secuelas que deja este tipo de capital foráneo en los lugares en donde se establece. La responsabilidad social empresarial que debería existir por parte de los inversionistas al momento de desarrollar cualquier actividad económica se convierte en un criterio voluntario no vinculante que pocas veces se cumple, sin lugar a dudas la IED pareciera estar completamente separada de las metas de desarrollo, avance, crecimiento y mejoramiento social de los países receptores de la inversión³⁹.

³⁶ Encinas-Ferrer, Carlos; Villegas-Zermeño, Eddie. "Foreign direct investment and gross domestic product growth". International Conference On Applied Economics, Kazán, 2-4 de julio de 2015.

³⁷ Foreign direct investment: it's not all good. *The Financial Times*. 22 de octubre de 2014; disponible en: <https://www.ft.com/content/6f71229d-d74d-34fa-a30d-39e4ac07de8b>

³⁸ Rodríguez Barrios, María Angélica & Rodríguez Vargas, Juana Paola. *Mecanismos de promoción y protección para la inversión extranjera, el caso colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p.13.

³⁹ Oglietti Guillermo y Navarro Francisco, *Op. Cit.* p.1.

En Brasil y México se encuentra plasmado el ejemplo de la multinacional española Iberdrola, que ha utilizado su creciente influencia para desarrollar proyectos hidroeléctricos nocivos para el medio ambiente en territorios de altísimo valor ecológico. Así mismo, la multinacional ha disminuido las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas que adquiere mediante contratación tercerizada y despidos masivos y abusa de su posición dominante al imponer altas tasas por la prestación del servicio público de energía eléctrica⁴⁰.

En el escenario nacional una de las muestras más evidentes de los impactos ambientales y sociales que se derivan de las actividades de las multinacionales, se encuentra en la operación desplegada por la empresa que opera la mina de El Cerrejón, en el departamento de la Guajira, controlada por BHP Billiton, Anglo American PLC y Glencore Xstrata. En el año 2015 fue puesto en conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que la empresa acaparó el río Ranchería para destinar el agua a su proyecto carbonífero. Esto, sumado a otros efectos nocivos de la actividad minera y a la propia desidia del Estado habrían generado condiciones propicias para la desnutrición crónica y altas tasas de mortalidad entre la población de las comunidades Wayúu.

Esta situación, junto con otras tantas preocupantes, motivaron el decreto de medidas cautelares al Estado Colombiano mediante resolución No. 60-15 del 11 de diciembre de 2015⁴¹ en las que se le requirió que adoptara las medidas

⁴⁰ Uharte Pozas, Luis Miguel. Las multinacionales en el siglo XXI: impactos múltiples. El caso de Iberdrola en México y Brasil. Ed. 2015 y más. 2012. pp. 166-172; disponible en: <http://www.2015ymas.org/centro-de-documentacion/publicaciones/2012/1533/las-multinacionales-en-el-siglo-xxi-impactos-multiples/#.XRqEiOtKiUk>

⁴¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 60 de 2015, Medidas cautelares No. 51/15. Asunto. Niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribí, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, asentados en el Departamento de la Guajira, respecto de Colombia. 11 de diciembre de 2015; disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf>

necesarias para preservar la vida y la integridad personal de los niños de las comunidades del pueblo Wayúu.

En el sector hidroeléctrico, el grupo Enel y sus filiales en Colombia, así como el grupo Unión Fenosa, han causado consecuencias negativas en los ríos donde operan perjudicando a las comunidades cercanas a los embalses pues han vertido lodo y tierra afectando suelos cultivables, además de generar estancamientos de agua contaminada que atraen mosquitos y propician enfermedades en las comunidades aledañas.

En el caso de Emgesa, propiedad del Grupo Enel, se ha generado una controversia de gran alcance sobre el proyecto hidroeléctrico El Quimbo, en el Huila, el cual fue llevado a cabo a pesar del gran costo ambiental y socioeconómico que significó para la región, pues implicó la inundación de 8.586 hectáreas insustituibles y de alta productividad pecuaria y agrícola, la disminución de fauna íctica y tala de bosques, la inundación de ecosistemas, de áreas de interés arqueológico, de fincas agropecuarias y el desplazamiento de comunidades enteras⁴².

Teniendo en cuenta los conflictos anteriores, puede advertirse que el ingreso de capital extranjero, especialmente al sector minero energético, conlleva grandes impactos a nivel ambiental y socioeconómico de alcance incalculable. Por otro lado, se ha desmitificado desde varias fuentes el papel real que tiene la IED en la economía, pues el sólo ingreso de divisas no se materializa en crecimiento económico ni conlleva automáticamente a que se generen los beneficios y externalidades positivas que tradicionalmente se le reconoce.

⁴² Observatorio de Conflictos Ambientales de la Universidad Nacional de Colombia. "Hidroeléctrica el Quimbo – Emgesa – Asoquimbo – Huila. Análisis Impactos Socioeconómicos", Bogotá, 27 de septiembre de 2016; disponible en: https://conflictosambientales.net/oca_bd/media_references/view/871

Expuesto este contexto, se analizará, desde la realidad de nuestro país, cual ha sido el tratamiento que ha recibido la IED por parte de la administración en los últimos periodos de gobierno, prestando especial atención en las críticas que han resonado sobre los beneficios que se le han otorgado a las multinacionales para estimular sus inversiones aun a pesar de las grandes pérdidas que representan estos estímulos para el país.

2. EL CASO COLOMBIANO

En el caso colombiano, antes de la década de los noventa los sectores petrolero y minero eran los principales receptores de la IED, pero con la Constitución Política de 1991 se implementó una política de promoción para la inversión extranjera, cuyo fin era abrir esa brecha a otros mercados y servicios⁴³.

La política de los últimos gobiernos en Colombia ha sido la creación de un modelo estructural que convierte a la IED en una de las principales variables del crecimiento económico del país⁴⁴. Durante los mandatos de Andrés Pastrana, Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos se incorporaron lineamientos expresos en los Planes Nacionales de Desarrollo para la atracción de IED, el Gobierno de Iván Duque ya ha anunciado que seguirá un camino muy similar al de sus antecesores y ha prometido grandes incentivos para los inversores foráneos como por ejemplo, la exención de renta hasta por 10 años⁴⁵.

⁴³ Garavito, Aarón; Iregui, Ana María & Ramírez, María Teresa “Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo”, *Borradores de Economía*, n°713, Bogotá, Banco de la República, 2012, p. 27.

⁴⁴ Informe SIA n°26. “Consecuencias ambientales de los tratados de libre comercio en Colombia”, *Cedetrabajo*, 2017; disponible en: <https://cedetrabajo.org/blog/informe-10-consecuencias-ambientales-de-los-tratados-de-libre-comercio-en-colombia/>

⁴⁵ El Presidente Iván Duque anunció incentivos para inversión extranjera. *La República*. Bogotá, 30 de octubre de 2018; disponible en: <https://www.larepublica.co/economia/el-presidente-ivan-duque-anuncio-incentivos-para-inversion-extranjera-2787822>

El documento Conpes 3684 del año 2010, en el que se planteó una serie de recomendaciones que debía acoger el Estado para fortalecer el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos en los AI, así como para prevenir y atender las controversias que surgieren con los inversionistas extranjeros en aplicación de dichos acuerdos, hace un sucinto recuento acerca de la inclusión de la política de promoción de la IED en los planes de desarrollo durante los mandatos de los presidentes Pastrana (1998-2002) y Uribe (2002-2006; 2006-2010), para presentar el panorama actual del país en materia de inversión.

Es así como expone que El Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1998-2002 *“Cambio Para Construir la Paz”* propuso impulsar una reforma del artículo 58 constitucional, para eliminar la posibilidad de expropiación por razones de equidad sin indemnización. Este propósito, que buscaba facilitar la celebración de acuerdos internacionales de inversión, fue alcanzado mediante el Acto legislativo 01 de 1999.

Posteriormente, en los Planes Nacionales de Desarrollo 2002-2006 *“Hacia un Estado Comunitario”*, y PND 2006-2010 *“Estado Comunitario: Desarrollo para Todos”*, se definió el apoyo a las negociaciones bilaterales y multilaterales para fomentar la inversión extranjera.

Así mismo, durante los dos mandatos de Juan Manuel Santos (2010-2014; 2014-2018) se preservó y profundizó la política de atracción de IED hacia el territorio nacional. El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 *“Prosperidad para Todos”* adoptado mediante la ley 1450 del año 2011, promocionó y fortaleció la inversión extranjera en sectores estratégicos de la economía nacional como el de la infraestructura.

Posteriormente el Documento base del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “*Todos por un nuevo país*”, señaló: “*es preciso aumentar los esfuerzos regionales para aprovechar las oportunidades provenientes de los mayores flujos de inversión extranjera directa (IED) hacia todo el país*”⁴⁶, para, a continuación, resaltar el crecimiento de IED en diversos sectores. Así, por ejemplo, se determinó que los flujos de IED en Colombia, sin incluir los del sector petrolero, habían pasado de USD\$ 3.350 millones en 2010 a USD\$ 11.088 millones en 2013⁴⁷. Se precisó, además, que en el sector manufacturero, la IED había pasado de USD\$ 210 millones en 2010 a USD\$ 2.590 millones en 2013⁴⁸.

Respecto del sector minero-energético, el documento también exaltó su papel como motor del desarrollo del país, pasando de representar el 9.7% de participación en el PIB en 2006-2009, a participar en un 11.2% en el periodo 2010-2013, debido a un entorno de precios altos, que también había propiciado el aumento de IED, que pasó de ser de USD\$4.961 millones en el año 2010, a ser de USD\$8.281 millones en 2013. No obstante este panorama, el mismo documento previó que, ante el nuevo escenario internacional:

“Se espera un menor flujo de recursos por concepto de inversión extranjera directa, tal como sucedió en el año 2014, en el cual éstos se redujeron en USD 1.800 millones, por cuenta de la menor inversión en hidrocarburos (USD \$1.343 millones) debido a los menores precios del petróleo.”

De igual forma, el documento base del PND 2014-2018 dejó claro que el Gobierno continuaría con la aplicación y celebración de AII⁴⁹, y además, pondría en marcha una serie de incentivos tributarios y no tributarios para la

⁴⁶ Documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Versión para el Congreso”.

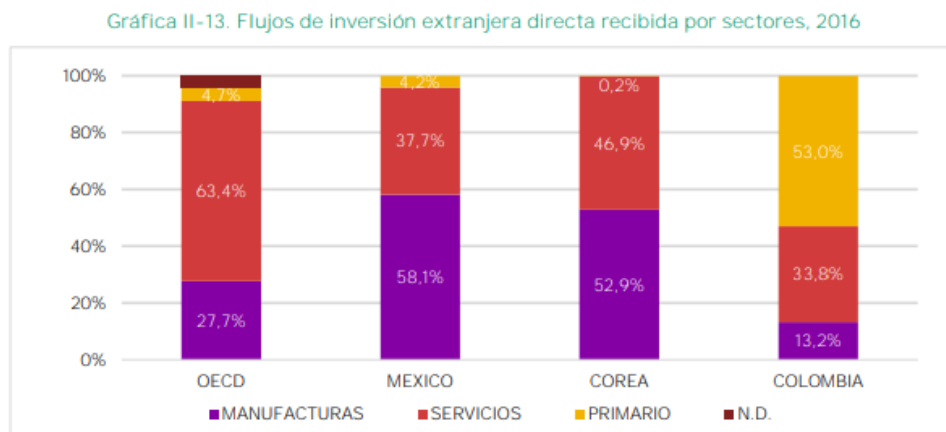
⁴⁷ Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, p.91.

⁴⁸ Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, p.92.

⁴⁹ “*Se estudiará la conveniencia de contar con marcos jurídicos estrictos para permitir la realización de acuerdos entre gobiernos que incrementen la IED estratégica*” Documento base del PND 2014-2018.

atracción de megaproyectos de inversión extranjera en gran parte de los sectores de la economía nacional. Tal como se observa en la ilustración 1, la tendencia a lo largo de los últimos periodos ha sido la de estimular la atracción de capital extranjero hacia los sectores minero energéticos y de prestación de servicios orientados hacia el consumo interno. Por el contrario, se observa una participación e interés menores de los inversionistas extranjeros en el sector de producción de bienes y manufacturas, el cual, es el que mayor impacto tiene en cuanto a la generación de empleo, aumento de la productividad y exportaciones.

Ilustración 1: Flujos de IED recibidas por sectores en el año 2016



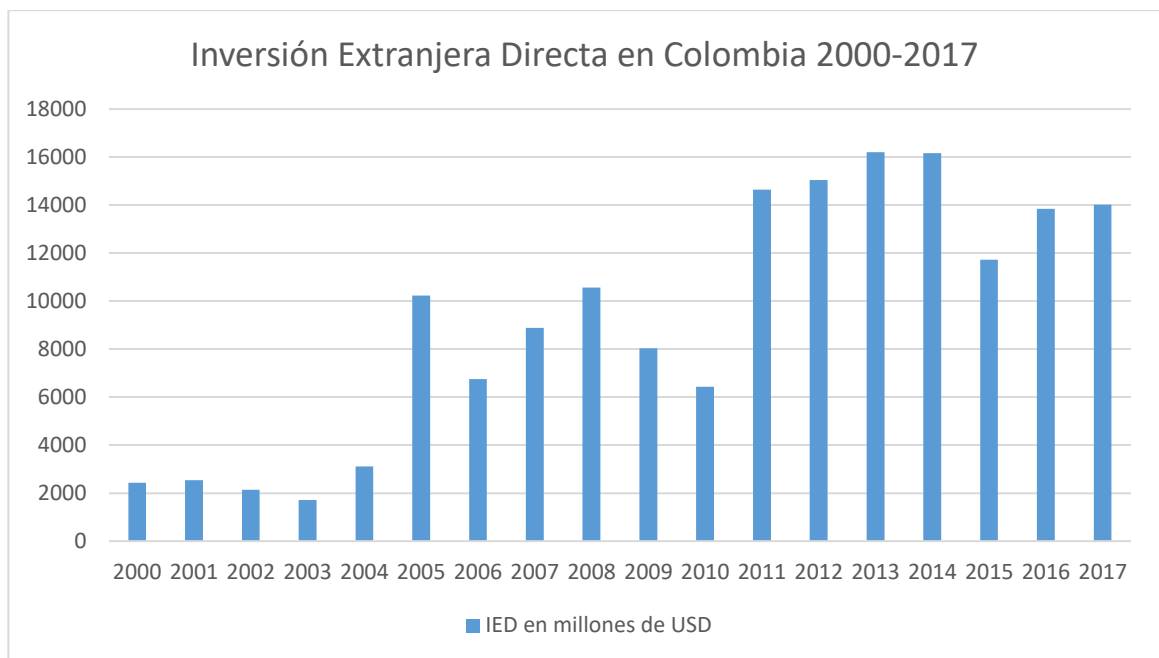
Fuente: elaboración del DNP, a partir de OCDE Stats, Banrep Balanza de pagos y Secretaría de Economía de México.

Fuente: Documento “Bases del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 Versión para el Congreso”.

Estos lineamientos trazados en los planes nacionales de desarrollo demuestran cómo la atracción de los flujos de IED hacia el territorio nacional se ha convertido en una prioridad para los distintos gobiernos de turno. Cumplir con las metas de inversión fijadas por los organismos multilaterales es una de las tareas más importantes en la agenda nacional, a tal punto que, en ocasiones, se adoptan decisiones que ponen en peligro importantes bienes jurídicos constitucionales con tal de lograr esos objetivos. Por ejemplo Adriana

Vargas ex directora de la oficina de Dirección Extranjera y Servicios (DIES) del Ministerio de Comercio Industria y Turismo reconoció hace algunos años *“A la inversión que no es socialmente responsable no le vamos a cerrar las puertas, pues toda inversión es bienvenida a Colombia, la inversión extranjera por sí misma tiene muchas ventajas.”*⁵⁰

Ilustración 2: IED en Colombia entre los años 2000-2017



Fuente: Elaboración propia con base a datos proporcionados por el Banco Mundial, criterio de búsqueda: “Colombia” “Inversión extranjera directa, entrada neta de capital (balanza de pagos, US\$ a precios actuales)”

La IED proveniente de empresas transnacionales con destino a Colombia encuentra diversas motivaciones, dependiendo del sector económico en el cual se realice la inversión. Así, se ha entendido que en el sector de suministro de electricidad, gas y agua, la principal motivación de los inversores es

⁵⁰ Vargas Saldarriaga, Adriana (septiembre de 2012), *VI Seminario de Arbitraje Internacional de Inversión*. Seminario desarrollado en la Universidad Externado de Colombia.

acceder al mercado local, teniendo en cuenta la reestructuración y privatización que tuvo este sector desde la constitución de 1991⁵¹.

En sector hidrocarburos y minero energético, el aliciente más importante para estimular la entrada de IED resulta ser el estado de los precios que las materias primas tengan en el mercado internacional, que mueve a la búsqueda y explotación de recursos naturales⁵².

Ello es concordante con lo expuesto en los documentos base de los Planes Nacionales de Desarrollo, especialmente el del periodo 2014-2018 y coincide con el Informe Sobre Inversiones en el Mundo 2018 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD, en donde se aclara que las inversiones en Colombia aumentaron un 5% hasta alcanzar los 14.500 millones de dólares, gracias a la recuperación de los precios del petróleo⁵³.

En el periodo comprendiendo entre los años 2005 a 2011, existió una consolidación de la IED en el sector minero energético y de hidrocarburos, teniendo en cuenta el impulso y estímulos que el Gobierno dio a inversionistas extranjeros mediante reformas tributarias con incentivos fiscales, contratos de estabilidad jurídica⁵⁴ y estructuras contractuales favorables al inversionista.

Es especialmente llamativo el tema de los incentivos fiscales, pues las grandes trasnacionales de este sector de la economía han obtenido cuantiosos

⁵¹ Garavito, Aarón; Iregui, Ana María & Ramírez, María Teresa. *Op. Cit.* p. 22.

⁵² *Ibíd.* p. 34.

⁵³ UNCTAD. *Informe sobre las inversiones en el mundo 2018: La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general.*

⁵⁴ Los contratos de estabilidad jurídica, institucionalizados con la Ley 963 de 1995, permitían que el Estado le garantizara al inversionista que, si durante la vigencia del contrato se modificaba una norma que hubiere sido identificada como determinante de la inversión, se reconocería al inversionista el derecho a que se le continuaran aplicando las normas derogadas por el término de duración del contrato respectivo. Esta figura fue derogada por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012, que no obstante, permitió que siguiera aplicándose la estabilidad jurídica a los contratos vigentes.

beneficios de las reformas tributarias realizadas desde hace varios años. Nótese como la Ley 1111 de 2006 en su artículo 8 reformó el Estatuto Tributario para indicar que las personas jurídicas contribuyentes de renta podían deducir el 40% del valor de las inversiones realizadas en activos fijos⁵⁵. Esta deducción, pese a perder vigencia en el 2010, siguió siendo aplicada a sociedades extranjeras que lograron incluirla en contratos de estabilidad jurídica⁵⁶. Posteriormente mediante la Ley 1819 de 2016 se estableció la posibilidad de amortizar y deducir *“los gastos preliminares de instalación u organización o desarrollo o costos de adquisición o exploración de minas, de yacimientos petrolíferos o gas y otros recursos naturales no renovables para efectos del impuesto de renta y complementarios.”*

Aunado a lo anterior, el artículo 365 de la misma Ley 1819 de 2016 estableció un incentivo a las empresas que invirtieran en hidrocarburos y minería consistente en la expedición de un Certificado de Reembolso Tributario (CERT) a los que incrementaren dichas inversiones. Acorde con la norma, este CERT equivale a un porcentaje del incremento en la inversión realizada constituye ingreso no constitutivo de renta y podrá ser utilizado para pagar impuestos de carácter nacional. En otras palabras, el aumento de las operaciones en los sectores de hidrocarburos y minería no sólo implicaría un correlativo aumento en las ganancias de las empresas de este sector y aumento en los proyectos de alto impacto ambiental, sino que además resultaría premiado con el otorgamiento del ya mencionado beneficio fiscal CERT.

⁵⁵ Ruiz Vargas, Mario Antonio; Navarro, Oscar Saúl & Velandia, Juliana Maritza. “Incidencia de la política de incentivos tributarios sobre la inversión en el sector minero energético colombiano: un análisis exploratorio de su efectividad”, *Cuadernos de contabilidad*, vol. 17. No. 43, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, publicado el 26 de enero de 2017, p. 113; disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/cuacont/article/view/18285>

⁵⁶ Valencia, Mario Alejandro & Daza, Enrique. “¿Y si se eliminan los beneficios al sector extractivo? Análisis del costo fiscal en el sector minero y su transferencia a la industria manufacturera”. *Justicia Tributaria en Colombia*. 25 de abril de 2018. p. 28; disponible en: <https://justiciatributaria.co/beneficios-sector-extractivo/>

Es tal la cantidad de beneficios que las trasnacionales mineras y petroleras pueden extraer de las normas citadas, que se ha suscitado todo un debate sobre la conveniencia de las ventajas que se le otorgan a dichas empresas.

Un estudio que elaboró la *Red por la Justicia Tributaria en Colombia*, pone en entredicho la equidad de los tributos que se aplican a las grandes multinacionales mineras⁵⁷. En dicho estudio, varios académicos concluyen que el balance del modelo de estímulos a industrias mineras no ha sido favorable para el país teniendo en cuenta que existe una multiplicidad de factores que benefician el esquema impositivo de las empresas de este sector y generan inequidad respecto de otros sectores de la economía.

Bajo el esquema tributario actual del sector minero energético el Estado deja de percibir entre 13 y 48 billones de pesos anuales y no alcanza siquiera a recuperar lo invertido en la institucionalidad minera y ambiental, pues el gasto termina siendo de “1.1 billones de pesos más de lo que las compañías de minas e hidrocarburos pagaron ese año por concepto de impuesto de renta”⁵⁸. Ello sin incluir costos incalculables, como los deterioros ambientales y sociales que generan estas actividades en los territorios donde se llevan a cabo⁵⁹.

Lo hasta aquí expuesto demuestra que se ha convertido en política de Estado el atar una importante parte de la política económica del país a la atracción de IED, la esencia de esta política se fundamenta en garantizar a los

⁵⁷ Expertos piden eliminar todos los beneficios tributarios a la minería. *Revista Dinero*. Bogotá. 5 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.dinero.com/empresas/articulo/piden-quitarse-beneficios-tributarios-a-mineria-y-petroleo/258085>

⁵⁸ Valencia, Mario Alejandro & Daza, Enrique. *Op. Cit.* p.93.

⁵⁹ Moore, Jen & Pérez Rocha, Manuel. “Casino del extractivismo. Las empresas mineras apuestan con la vida de los pueblos y la soberanía de los países de América Latina usando el arbitraje supranacional”. Center for International Environmental Law. p.9; disponible en: <https://rds.org.co/es/novedades/informe-casino-del-extractivismo-las-empresas-mineras-apu-estan-con-la-vida-y-la-soberania-de-america-latina-usando-el>

inversionistas foráneos el máximo beneficio posible con el mínimo riesgo y una legislación acorde.

Como si los beneficios e incentivos a la inversión que fueron expuestos líneas atrás no fuesen suficientes para atraer el capital extranjero, el Gobierno también ha buscado diferentes mecanismos jurídicos que le otorguen garantías y protección a la inversión extranjera. Uno de los más importantes son los AI con cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado, los cuales confieren una serie de garantías y prerrogativas a los inversionistas que chocan constantemente con los poderes públicos y necesidades de los Estados en materia de política social, ambiental y económica, dejando los valores superiores del Estado en una frágil balanza ante los tribunales internacionales de arbitramento que frecuentemente decantan sus decisiones a favor de los intereses privados.

Ante este panorama, puede concluirse que, a pesar de que la IED haya sido tradicionalmente vista como un mecanismo de estímulo al desarrollo de los países receptores, hoy en día ese paradigma ha venido perdiendo fuerza, ante las evidentes desventajas que este fenómeno económico conlleva, sin que se encuentre fehacientemente demostrado que los supuestos beneficios que se le atribuyen a la IED, superen los altos costos que trae aparejados.

Por el contrario, es especialmente notorio que la IED presenta graves falencias que no generan beneficios igual de importantes al país. En este campo, las actividades desplegadas por los inversionistas impactan negativamente el medio ambiente, generan controversias y conflictos sociales, asumen una mínima carga tributaria y desgastan la institucionalidad del Estado, quien, por su parte, destina cuantiosos recursos al ensamblaje de un equipo institucional dedicado a la atención los conflictos planteados por los inversionistas extranjeros ante los tribunales de arbitraje de inversiones.

Todas estas desventajas no se ven siquiera atenuadas con una significativa y correlativa generación de empleo de calidad, ampliación de la capacidad productiva o transferencia de tecnología y *know how*. En este contexto, es relevante evocar la conclusión del profesor Bernardo Vela Orbegozo, quien acertadamente observa que *“No hay una relación directa entre inversión extranjera y desarrollo”*⁶⁰ pues en muchos eventos, *“las empresas inversoras llegan al país destino a adquirir empresas ya establecidas y luego de cambiar a los directivos, pasan a abrir una fuga de capitales hacia los países origen de la inversión”*⁶¹. Igualmente, censura el tratadista que en muchos casos, ante la perspectiva de atraer esta IED los Estados procuren garantizar el margen de ganancia de los inversionistas, bajen impuestos y desregulen el mercado laboral⁶².

Ante esta perspectiva, es indudable que la política de inversiones que el Gobierno Nacional ha implementado desde hace décadas, debe ser reorientada de modo que no sigan manteniéndose incentivos indiscriminados a la IED poco provechosos para la economía nacional.

3. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

En este capítulo, se analizó el papel de la IED como variable del crecimiento económico de los países receptores en vías de desarrollo, ofreciendo la visión tradicional que de ella se tiene y la visión alterna que ha surgido desde varios tratadistas de las ciencias económicas, quienes consideran que la IED no es un factor de crecimiento económico y resulta ser inclusive perjudicial para la

⁶⁰ Vela Orbegozo, Bernardo. El dilema del CIADI: ¿Garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p.231.

⁶¹ *Ibídem*

⁶² *Ibídem*

economía en su conjunto. También se hizo un recuento de la política pública que en materia de inversión ha implementado el Estado Colombiano para atraer la IED en los últimos periodos presidenciales y se cuestionó que muchas de las medidas e incentivos que ha adoptado el Gobierno en esta materia son ineficientes y contraproducentes pues sólo se enfocan en atraer la IED de manera indiscriminada, sin medir que el enfoque que se da a ciertos sectores genera múltiples desventajas y perjuicios incuantificables para el patrimonio medioambiental y socioeconómico de la nación.

Se concluyó que no es cierto que la IED sea un factor milagroso de crecimiento en las economías receptoras y es cuestionable que el Estado busque atraer IED valiéndose de incentivos costosos para el país tales como beneficios fiscales y un régimen cambiario que incentiva la fuga de capital, siendo que la IED en sí misma es una variable económica poco provechosa en varios ámbitos, como en generar empleo y aumentar la productividad del país, y en cambio es bastante perjudicial en otros ámbitos, como en el medioambiental y en el contexto social e inclusive económico.

Los anteriores considerandos son relevantes en la medida que el presente escrito pretende ofrecer elementos para cuestionar la importancia que el Estado Colombiano le reconoce a la atracción de IED mediante la suscripción de AII como instrumentos para generar riqueza y bienestar social.

Vistas las desventajas económicas que la IED conlleva en las economías receptoras, se presentarán en el siguiente capítulo los riesgos jurídicos y patrimoniales a los que se encuentra expuesto el Estado si sigue manteniendo la política actual de atraer IED a través de AII, específicamente, enfocando los riesgos en el mecanismo de solución de controversias del CIADI. Para ello, se contextualizarán los antecedentes históricos del actual sistema de solución de controversias en materia de inversión internacional, se expondrán las

principales críticas que se observan al mecanismo de solución de controversias CIADI, y se plantearán los riesgos a los que se ve expuesto el Estado Colombiano dentro de dicho sistema.

CAPÍTULO II. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA – ESTADO

Previamente se hizo referencia a los intereses que a los países receptores de inversión les asiste para incentivar y atraer capital extranjero, pese a la existencia de múltiples factores que desaconsejan esta entrada de IED, tal como se expuso en el capítulo anterior.

Debe señalarse que también existe un interés de los países de origen del capital en garantizar la protección de las inversiones que sus nacionales realizan en otros Estados, debido al flujo de divisas que dichos inversores retornan a sus países. Esta necesidad de garantizar el retorno de capital al país de origen, aún a costa del interés superior del país receptor, ha llevado a adoptar, a lo largo de la historia, una serie de estrategias y mecanismos para proteger el patrimonio de sus nacionales. Tal como lo señalan algunos autores como *Gallardo Ciro* la evolución de estos mecanismos de protección pasó por el uso de la fuerza en la célebre diplomacia de los cañones, siguiendo con el empleo de la protección diplomática, para, finalmente, llegar a la adopción de tratados internacionales de protección a las inversiones ejecutables de manera directa⁶³.

Dado este contexto, se expondrá en este capítulo el desarrollo histórico que han tenido los mecanismos utilizados tradicionalmente por los países y sus inversionistas para proteger las inversiones realizadas por fuera de sus fronteras.

⁶³ Gallardo Ciro, Raúl Alberto. “El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia”, *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n°7, enero-diciembre, Bogotá, 2014, p. 170.

Estos mecanismos, finalmente, terminarán desembocando en el actual sistema de arbitraje internacional de inversiones, el cual será expuesto mediante la descripción del proceso de trámites, gastos y riesgos que debe afrontar un Estado que, como Colombia, sea convocado por un inversionista a resolver una disputa ante un tribunal arbitral del CIADI. Al limitar el presente estudio al sistema CIADI, y describir sus particularidades, se buscará ilustrar al lector, sobre el escenario que aguarda al país en sus actuales pleitos de inversión, y especialmente, en el proceso arbitral iniciado por la multinacional *Eco Oro Minerals Corp.*

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

Las controversias entre Estados e inversionistas extranjeros han existido desde hace muchos años y son tan antiguas como las operaciones de inversión sobre las cuales se fundamentan⁶⁴, sin embargo lo que ha venido cambiando con el transcurrir de los años es la manera a través de la cual se le da solución a la disputa, el arbitraje internacional de inversión no siempre ha existido y antes eran otros los métodos que se empleaban para solucionar los conflictos, se procederá a hacer un breve recuento sobre los mismos.

1.1 LA GUERRA O DIPLOMACIA DE LOS CAÑONES

Este periodo comprende la segunda mitad del siglo XIX y principios del siglo XX, la solución al tema de las disputas estaba dada por medidas bélicas y de agresión, eran comunes los enfrentamientos armados entre las naciones. Cuando el inversionista extranjero veía lesionados sus derechos e intereses

⁶⁴ *Ibídem.*

en el país receptor de la inversión solicitaba apoyo de su gobierno quien lo respaldaba militarmente para exigir el cumplimiento de las obligaciones⁶⁵.

Uno de los casos más icónicos de este periodo fue el de Puerto Cabello a principios del siglo pasado donde Alemania, Reino Unido e Italia enviaron sus buques de guerra a las costas venezolanas y cercaron todas las salidas al mar hasta que el gobierno venezolano pagara la deuda que había contraído con inversionistas de esas naciones⁶⁶.

1.2 PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

Con el paso de los años las guerras y los litigios interminables se fueron civilizando por el advenimiento de lo que actualmente conocemos como la protección diplomática.

En este caso cuando una compañía, una sociedad o un ciudadano domiciliado en el país receptor de la inversión sufría un perjuicio por una acción u omisión del Estado, ese perjuicio se traducía en la violación de una obligación de derecho internacional, por tal razón esa persona natural o jurídica podía acudir ante las autoridades de su país de origen para que estas ejercieran una protección diplomática que permitiera reparar el daño causado⁶⁷.

Dugard señala que los requisitos necesarios para que prosperara la acción diplomática eran los siguientes:

- 1) La violación de una obligación de derecho internacional por parte del país receptor de la inversión.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Cable, James. *Gunboat Diplomacy 1919–1991 Political Applications of Limited Naval Force*, Palgrave Macmillan, third edition, 1994, p.14.

⁶⁷ Burgos De la Ossa, María Angélica & Lozada Pimiento, Nicolás. “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°15, julio-diciembre de 2009, p.246.

- 2) El reclamante debía ser un nacional del Estado que estaba ejerciendo la protección diplomática.
- 3) Las manos limpias o “*clean hands*” lo que significaba que el inversionista extranjero debía haber desarrollado un comportamiento legal y lícito en el país receptor de la inversión, de lo contrario no operaba la protección.
- 4) El agotamiento de recursos internos ante las autoridades judiciales y administrativas del país receptor de la inversión⁶⁸.

En la protección diplomática el reclamante acudía ante las autoridades de su Estado origen para que estas iniciaran el proceso ante el país receptor de la inversión, sin embargo el Estado de origen del reclamante no estaba obligado a adelantar el proceso de protección y hacía parte de sus potestades discrecionales el darle trámite o no al reclamo presentado por su nacional⁶⁹, era posible que ese reclamante hubiese sufrido varios daños y perjuicios en el país receptor de la inversión, pero por razones de política exterior u otros motivos el Estado de origen del reclamante se podía rehusar a ejercer la protección diplomática⁷⁰.

Cuando el Estado de origen del reclamante decidía ejercer la protección diplomática, el titular de la acción procesal era el Estado y no quien había sufrido el perjuicio, sin embargo en la práctica internacional lo que ocurría era que cuando el Estado reclamante obtenía la compensación por el perjuicio causado procedía a transferir ese dinero a su nacional reclamante, aún así en

⁶⁸ Dugard, John “Artículos sobre protección diplomática”, *United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2013, p.6.

⁶⁹ Burgos De la Ossa, María Angélica & Lozada Pimiento, Nicolás. *Op. Cit.* p.247.

⁷⁰ Rodríguez Barrios, María Angélica & Rodríguez Vargas, Juana Paola. *Op. Cit.* p.58.

estricto sentido el Estado tenía la potestad de quedarse con la compensación pues finalmente estaba ejerciendo su propio derecho⁷¹.

En este trasegar histórico aparece la Doctrina Calvo, diseñada por el jurista argentino Carlos Calvo, algunos autores como *Castro Peña* identifican tres grandes pilares en esta doctrina:

- 1) Los contratos con inversionistas extranjeros no deben tener un tratamiento superior al otorgado a los nacionales.
- 2) La exclusividad de la jurisdicción local.
- 3) La exclusión de la protección diplomática⁷².

Carlos Calvo buscó que los inversionistas extranjeros se supeditaran a la jurisdicción y leyes nacionales de los países receptores de la inversión, esta doctrina fue adoptada por varios países de América Latina durante buena parte del siglo XX⁷³, sin embargo uno de los más férreos opositores a su implementación fue Estados Unidos que manifestó que los inversionistas extranjeros debían tener un nivel de protección igual o superior al de los nacionales del país receptor de la inversión⁷⁴.

⁷¹ Aljure Salame, Antonio (noviembre de 2018), *Arbitraje de inversión y el proceso CIADI: Nuevas reglas de procedimiento y perspectivas mundiales*. Conferencia desarrollada por la Cámara de Comercio de Bogotá.

⁷² Castro Peña, María Natalia. "El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión", *Revista Derecho del Estado*, n°38, enero-junio, Bogotá, 2017, p.28.

⁷³ Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés. "Orígenes y panorama actual del arbitraje", *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, Bogotá, 2008, p.149.

⁷⁴ Tamburini, Francesco. "Historia y destino de la doctrina Calvo ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n°24, Valparaíso, 2002.

1.3 PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El decaimiento de la doctrina Calvo coincide con el advenimiento de la apertura económica y los procesos de globalización, con el *Consenso de Washington* la IED empieza a adquirir un rol protagónico en la economía global y el arbitraje internacional de inversión será la herramienta jurídica que permitirá otorgarle protección y seguridad a los flujos de inversión en los diferentes países del mundo⁷⁵.

El arbitraje internacional se desarrolla inicialmente como un mecanismo para la resolución de conflictos comerciales, para la década del 50 del siglo XX el arbitraje comercial había tenido ya un importante desarrollo y serviría como referente para la creación y consolidación del arbitraje internacional de inversiones⁷⁶.

En 1965 se firma la Convención de Washington y con ella se crea el CIADI, un escenario aparentemente neutral y despolitizado que permitiría a los inversionistas demandar directamente a los Estados cuando sus derechos e intereses fuesen vulnerados⁷⁷.

El número de casos registrados ante el CIADI ha presentado un aumento sustancial durante los últimos años, las estadísticas del Centro reflejan que entre 1972 y 1980 se habían presentado tan solo 9 casos, en el periodo comprendido entre 1981 y 1990 esta cifra incrementó a 17 controversias, desde 1991 hasta 2005 se dio un crecimiento exponencial con 173 casos

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ Álvarez Ávila, Gabriela. "Las características del arbitraje CIADI", *Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/der-echo-internacional/article/view/32/35>

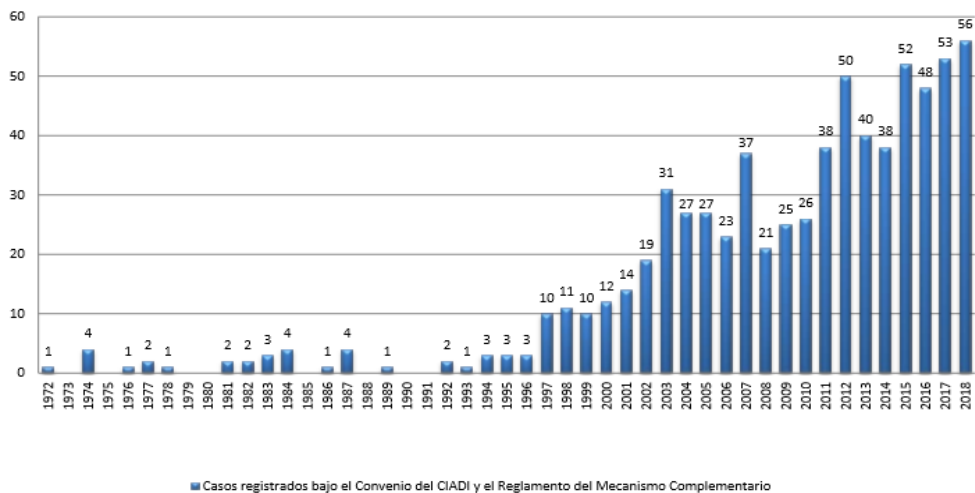
⁷⁷ Rodríguez Barrios, María Angélica & Rodríguez Vargas, Juana Paola. *Op. Cit.* p.59.

registrados y desde 2006 hasta la fecha se han presentado 507 casos ante el sistema⁷⁸.

Ilustración 3: Número total de casos CIADI registrados por año calendario

2. Casos registrados por el CIADI

Gráfico 1: Número total de casos CIADI registrados por año calendario:



Fuente: CIADI

Ante este auge de reclamaciones varios de los académicos con perspectivas CIL⁷⁹ o TWAIL⁸⁰ han hecho énfasis en que los AIJ y los sistemas de arbitraje de inversión como el CIADI no pueden analizarse de manera aislada sino que

⁷⁸ Carga de casos del CIADI – Estadísticas (edición 2019 – I)

⁷⁹ Critical International Law. Véase: Carty, Anthony “The Decay of International Law” (1986). Singh, Prabhakar & Mayer, Benoit “Critical International Law: post colonialism, postrealism and transnationalism” *Indian Journal of International Law* (2015).

⁸⁰ Third World Approaches to International Law. Véase: Koskeniemi, Martti “Fragmentation of international Law? Postmodern Anxieties” *Leiden Journal of International Law* (2002). B.S. Chimni “International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making” *European Journal of International Law* (2004). Anghie, Antony “Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law” (2004). Orford, Anne “International Authority and the Responsibility to Protect” *Cambridge University Press* (2011).

al momento de estudiarlos deben tenerse en cuenta fenómenos como el neocolonialismo y la globalización financiera, el derecho internacional de las inversiones debe entonces entenderse desde una aproximación amplia a la relación entre imperialismo y derecho internacional, postura que señala que el pasado imperial todavía tiene consecuencias y efectos estructurales sobre el derecho internacional contemporáneo, que se resiste a entender el imperialismo como una cuestión del pasado y se niega a concebir el derecho internacional como una simple herramienta técnica⁸¹.

En ese contexto, varios países latinoamericanos, entre ellos Colombia, empezaron a adoptar el arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de solución de diferencias con inversionistas extranjeros y a través de la suscripción y ratificación de All abrieron las puertas para que los centros arbitrales internacionales pudieran conocer y decidir dichas controversias.

Actualmente Colombia tiene 17 All vigentes: 7 Tratados Bilaterales de Inversión (ver tabla 1) y 10 capítulos de inversión dentro de los Tratados de Libre Comercio (ver tabla 2).

TBI

Tabla 1: TBI's vigentes en Colombia

País	Fecha de entrada en vigencia
Perú	Diciembre de 2010
Japón	Septiembre de 2015
China	Julio de 2012
India	Julio de 2012
Suiza	Octubre de 2009
Reino Unido	Octubre de 2014
España	Septiembre de 2007

Fuente: Elaboración propia en base a información del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁸²

⁸¹ Orford, Anne; Koskenniemi, Martti & Anghie, Antony. Imperialismo y Derecho Internacional, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016, p.34.

⁸² <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos>

TLC

Tabla 2: TLC's vigentes en Colombia

País	Fecha de entrada en vigencia
Canadá	Agosto de 2011
Estados Unidos	Mayo de 2012
México	Enero de 1995
Triángulo Norte (Guatemala, El Salvador y Honduras)	Noviembre de 2009 – Guatemala Febrero de 2010 – El Salvador Marzo de 2010 – Honduras
Costa Rica	Agosto de 2016
Chile	Mayo de 2009
Corea del Sur	Julio de 2016
Estados AELC (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza)	Julio de 2011 – Suiza y Liechtenstein Septiembre de 2014 – Noruega Octubre de 2014 – Islandia
Unión Europea	Agosto de 2013
Alianza del Pacífico	Mayo de 2016

Fuente: Elaboración propia en base a información del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁸³

Al mismo tiempo el país ha suscrito 3 All que están surtiendo el trámite interno de perfeccionamiento para su posterior entrada en vigencia y está negociando 3 acuerdos más (ver tabla 3).

Tabla 3: All's en perfeccionamiento y negociación por parte de Colombia

País	Tipo de All	Fase
Panamá	TLC	Suscrito el 20 de septiembre de 2013 – Pendiente de aprobación legislativa.
Israel	TLC	Suscrito el 30 de septiembre de 2013 y con sanción presidencial – Pendiente decisión sobre su exequibilidad.
Reino Unido	TLC	Suscrito el 15 de mayo de 2019 – En trámite legislativo.
Francia	TBI	Suscrito el 10 de julio de 2014 – Pendiente ratificación ⁸⁴ .
Singapur	TBI	Suscrito el 17 de julio de 2013 – En trámite legislativo.
Turquía	TBI	Suscrito el 28 de julio de 2014 – En trámite legislativo.

Fuente: Elaboración propia en base al Sistema de Información sobre Comercio Exterior – SICE, OEA⁸⁵.

⁸³ http://www.tlc.gov.co/publicaciones/5398/acuerdos_vigentes

⁸⁴ En sentencia C-252 de 2019, La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del acuerdo, condicionándolo a que el presidente de la República propiciara una declaración conjunta interpretativa de varias expresiones allí contenidas.

⁸⁵ http://www.sice.oas.org/ctyindex/COL/COLAgreements_s.asp

Tal como se mencionó en la parte introductoria los Acuerdos Internacionales de Inversión – All comprenden tanto los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) como los capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLC). La principal diferencia entre los TLC y los TBI radica en que los TLC otorgan una protección más amplia al inversionista de la que ofrecen los TBI. En los TBI la protección al inversionista se otorga una vez la inversión se ha establecido en el territorio del Estado receptor, protección post-establecimiento, mientras que en los TLC se permite que ciertas garantías y derechos para el inversionista se hagan efectivos incluso antes de constituir la inversión en el territorio del Estado receptor, protección pre-establecimiento⁸⁶.

Las cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado permiten que las diferencias que surjan entre las partes sean conocidas por un tribunal arbitral internacional y no por las autoridades judiciales nacionales del Estado receptor de la inversión⁸⁷, existen varias instituciones que administran sistemas de arbitraje inversionista-Estado, sin embargo a lo largo de este trabajo se hará alusión principalmente al CIADI, se decidió centrar la atención en esta institución teniendo en cuenta que de los 3322 All vigentes en el mundo⁸⁸ cerca del 90% incluyen una cláusula de arbitraje CIADI y que en el caso colombiano el CIADI tiene jurisdicción sobre 9 de las 11 controversias internacionales de inversión que enfrenta el país.

Es importante señalar que el hecho de ratificar el Convenio CIADI no implica per se un consentimiento expreso del Estado Colombiano para comparecer ante el sistema, es necesario también que el consentimiento del Estado se

⁸⁶ Castro Peña, María Natalia. *Op. Cit.* p.26.

⁸⁷ Las potencias económicas mundiales y los inversionistas consideraron las jurisdicciones nacionales como poco atractivas por las siguientes razones: la duración de los procesos, la influencia que el Estado receptor de la inversión podría ejercer sobre sus jueces y la supuesta tendencia del juez de proteger los intereses de su país de origen.

⁸⁸ Informe sobre las inversiones en el mundo 2018, UNCTAD.

encuentre contenido en un All para que se pueda entender que reconoce la jurisdicción del tribunal internacional⁸⁹.

2. LAS IMPLICACIONES PRESUPUESTALES DE UN ARBITRAJE DE INVERSIÓN ANTE EL CIADI: UNA MIRADA DESDE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

Uno de los puntos que quizás más llama la atención sobre el arbitraje o la también denominada “justicia privada” son los altos costos que tienen que asumir quienes deciden hacer uso de estos de estos mecanismos de solución de diferencias, pues bien el arbitraje internacional de inversiones ante el CIADI no es una excepción a esta regla general, las sumas que deben pagar las partes que comparecen en el sistema son extremadamente altas, a tal punto que en ciertas ocasiones los procesos se han dado por terminados porque algunos inversionistas no pueden sufragar los costos de los mismos y se le ha dado aplicación a la regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI⁹⁰ relativa a la falta de pago de anticipos requeridos⁹¹.

⁸⁹ Gallardo Ciro, Raúl Alberto. *Op. Cit.* p.170.

⁹⁰ La regla dispone: “respecto de cada procedimiento de conciliación y respecto de cada procedimiento de arbitraje, salvo que las Reglas de Arbitraje dispongan una división distinta o que así lo hayan decidido las partes o el Tribunal, cada parte abonará la mitad de cada pago adelantado o suplementario, sin perjuicio de la decisión final sobre el pago de costas de un procedimiento de arbitraje que el Tribunal tome de conformidad con el Artículo 61(2) del Convenio. Todos los adelantos y cargos deberán pagarse en el lugar y en las monedas especificadas por el Secretario General, tan pronto él lo requiera. Si las cantidades solicitadas no se pagasen en su totalidad dentro de 30 días, el Secretario General informará acerca de la omisión a ambas partes y dará a cada una de ellas una oportunidad para que efectúe el pago requerido. En cualquier momento después de 15 días de que se haya enviado tal información, el Secretario General podrá proponer que la Comisión o Tribunal suspenda el procedimiento si al momento de realizar la propuesta está todavía pendiente cualquier parte del pago requerido. Si por falta de pago un procedimiento se suspendiera por un período de más de seis meses consecutivos, el Secretario General después de notificar a las partes y, en lo posible, de consultar con ellas, podrá proponer que el organismo competente ponga fin al procedimiento”

⁹¹ En once casos en la región se ha aplicado esta regla: *Ambiente Ufficio S.p.A. vs Argentina*; *Giovanni Alemanni and others vs Argentina*; *Asset Recovery Trust S.A. vs Argentina*; *Azurix Corp. vs Argentina*; *Highbury International AVV, Compañía Minera de Bajo Caroní AVV, and Ramstein Trading Inc. vs Venezuela*; *Valle Verde Sociedad Financiera S.L. vs Venezuela*; *GRAD Associates, P.A. vs Venezuela*; *Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold*

De la misma manera, sufragar estos gastos de arbitraje tiene implicaciones presupuestales bastante importantes para los Estados, implicaciones que en naciones como la nuestra se acentúan mucho más por la inmensa deuda social que el gobierno tiene con sus ciudadanos. Colombia ha adoptado un modelo de defensa mixto en el arbitraje internacional de inversiones, lo que quiere decir que en la defensa de los intereses del Estado en este escenario intervienen tres actores: la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios (DIES) del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y las firmas privadas internacionales expertas en temas de derecho de inversiones como Dechert, Latham & Watkins o Sidley Austin⁹².

Sin duda alguna el modelo de defensa mixto incrementa los costos de defensa del Estado, sin embargo resulta prácticamente imposible prescindir de él, pues en el sistema del arbitraje de inversiones las firmas de abogados tienen conocimientos y experiencias que los Estados desconocen, los países que no pueden permitirse este tipo de conocimientos por lo general se encuentran con que sus argumentos de defensa adolecen de fuentes dispersas e incompletas en materia de legislación y competencia sobre inversiones. La República Checa, por ejemplo, solo consiguió defender con éxito sus casos cuando prescindió de los abogados de su país y recurrió a algunas de las costosas firmas de élite internacionales, así mismo Argentina decidió abordar las controversias directamente con un equipo de defensa jurídico propio y los resultados no han sido para nada alentadores (ver tablas 4 y 5). Tal como lo afirma Cecilia Olivet: *“el secretismo del régimen de arbitraje de inversiones*

Mines, Inc. vs El Salvador; RSM Production Corporation vs Granada; Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. vs Costa Rica y Nations Energy, Inc. and others vs Panamá.

⁹² La firma francesa Dechert asesora al Estado en los casos de Telefónica, América Móvil y Glencore; Latham & Watkins lo hace en los casos de Eco Oro, Red Eagle y Galway y la firma estadounidense Sidley Austin trabaja en el caso de Gas Natural Fenosa ante UNCITRAL.

garantiza el mercado para los principales bufetes⁹³. En la tabla 4 encontramos un resumen de la experiencia Argentina en el CIADI:

ARGENTINA EN EL CIADI

Tabla 4: Total de casos Argentina en el CIADI

Número de casos pendientes	8
Número de casos concluidos	48
Número total de casos	56

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Tabla 5: Casos concluidos Argentina en el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	13
Número de casos decididos a favor del Estado	2
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	10
Número de casos con acuerdo de conciliación y laudo consensuado – Regla 43 (2) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	15
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos - Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	4
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	3

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

⁹³ Olivet Cecilia & Eberhardt Pia. *Cuando la injusticia es negocio*, Bruselas / Amsterdam, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute, p.22.

2.1 COSTOS DE DEFENSA DEL ESTADO

Según la Global Arbitration Review (GAR), el promedio internacional de costo de cada caso puede alcanzar US\$4.9 millones. Solamente el costo de los abogados, según el cálculo de la GAR, por cada controversia suma US\$3 millones; los peritos, como consultorías financieras o mineras pueden llegar a valer US\$1 millón y las tasas administrativas como el costo de los arbitrajes US\$800.000⁹⁴.

Otros gastos como el traslado de testigos y sus viáticos, traducciones, entre otros, se calculan en US\$100.000, lo que en total daría un costo promedio por gasto de US\$4.9 millones. Como la Agencia adelanta nueve procesos ante el CIADI, el total del costo rondaría US\$49 millones⁹⁵.

No debe perderse de vista que estos costos pueden variar, por ejemplo en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende* contra la República de Chile el Estado debió pagar para su defensa la suma de US\$13.2 millones⁹⁶.

2.2 PRETENSIONES DE LOS INVERSIONISTAS

Si bien los costos de defensa que deben asumir los Estados para defender sus intereses son sumas elevadas, estas terminan siendo irrisorias cuando se comparan con las exorbitantes pretensiones de los inversionistas extranjeros en sus escritos de demanda, sumas que amenazan la estabilidad económica, fiscal y financiera del país poniendo en riesgo la garantía del cumplimiento de

⁹⁴ Asuntos Legales. Bogotá, 5 de marzo de 2018; disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-defensa-del-estado-en-controversias-internacionales-cuesta-us35-millones-2605846>

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ Documento Conpes 3684 de 2010 p.15

los derechos fundamentales que el Estado debe proporcionar a sus ciudadanos.

Para tener un panorama general sobre las pretensiones de los inversionistas extranjeros que han demandado a Colombia ante el CIADI las cifras son las siguientes: la trasnacional canadiense Eco Oro Minerals Corp está pidiendo una indemnización de US\$764 millones⁹⁷, la empresa Glencore, su filial Prodeco y la sociedad portuaria Puerto Nuevo exigen el pago de US\$600 millones⁹⁸, la compañía canadiense Gran Colombia Gold estima sus pretensiones en US\$700 millones⁹⁹, la multinacional América Móvil S.A.B. demandó al Estado por alrededor de US\$1020 millones¹⁰⁰, la española Telefónica pide US\$394 millones¹⁰¹, Galway Gold Inc demandó a la nación por la suma de US\$196 millones¹⁰², Red Eagle Exploration considera que el país le adeuda unos US\$118 millones¹⁰³, los antiguos dueños de Granahorrar, en cabeza de la esposa de Julio Carrizosa y sus hijos solicitan el pago de US\$323 millones¹⁰⁴ y finalmente el ciudadano estadounidense Angel Samuel Seda pide la suma de US\$250 millones¹⁰⁵. Estos nueve pleitos que se adelantan

⁹⁷ 764 millones de dólares vale demanda de Eco Oro contra Colombia por Santurbán. *Revista Semana*. Bogotá, 13 de octubre de 2018; disponible en: <https://sostenibilidad.semmana.com/medio-ambiente/articulo/demanda-de-eco-oro-contra-colombia-por-delimitacion-de-santurban/41874>

⁹⁸ Nueva demanda de Glencore contra Colombia. *Revista Dinero*. Bogotá, 12 de julio de 2019; disponible en: <https://www.dinero.com/pais/articulo/glencore-y-su-nueva-demanda-contra-el-estado-colombiano/274244>

⁹⁹ Minera canadiense demandó a Colombia por US \$700 millones. *El Espectador*. Bogotá, 10 de abril de 2017; disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/minera-canadiense-demando-colombia-por-us-700-millones-articulo-688807>

¹⁰⁰ Las 10 demandas internacionales que Duque deberá enfrentar. *El Tiempo*. Bogotá, 30 de junio de 2018; disponible en: <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/las-demandas-internacionales-que-duque-debera-enfrentar-238000>

¹⁰¹ *Ibídem*.

¹⁰² *Ibídem*.

¹⁰³ *Ibídem*.

¹⁰⁴ *Ibídem*.

¹⁰⁵ Inversores inmobiliarios estadounidenses presentan una demanda contra Colombia. *Garrigues Comunica*. 24 de mayo de 2019; disponible en: https://www.garrigues.com/lata/m/es_ES/noticia/newsletter-arbitraje-internacional-mayo-2019-panorama-regional-el-contenente-americano

ante el CIADI arrojan un acumulado de pretensiones por valor de US\$4365 millones, es decir, 14.6 billones de pesos, cifra equivalente a casi dos reformas tributarias y que además es susceptible de incrementar si se tienen en cuenta los intereses que los inversionistas piden en sus demandas.

Las controversias que actualmente enfrenta el país en el CIADI podemos agruparlas en cuatro grandes secciones: en primer lugar aquellas que tienen que ver con explotación minero energética y de hidrocarburos, que son las más numerosas: Eco Oro Minerals Corp¹⁰⁶, Glencore International A.G., Prodeco S.A. y Puerto Nuevo S.A.¹⁰⁷., Red Eagle Exploration Limited¹⁰⁸, Galway Gold Inc¹⁰⁹. Y Gran Colombia Gold Corp¹¹⁰.; en segundo lugar las relacionadas con las tecnologías de la información y las telecomunicaciones:

¹⁰⁶ ICSID Case No. ARB/16/41. La demandante Eco Oro considera vulnerado el TLC Canadá Colombia, por presunta expropiación indirecta de su proyecto minero Angostura, ante la decisión de la Corte Constitucional, (C-035-16) que declaró la necesidad de proteger los páramos de las actividades mineras, exigió que la delimitación de dichas áreas se ciñera al área de referencia definida por el Instituto Alexander Von Humboldt, delimitación dentro de la cual se encontraría comprendido parte del proyecto minero de la inversionista, y finalmente, declaró inexecutable el artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, que preveía la posibilidad de seguir adelantando los proyectos mineros en páramos, para quienes contaran con contrato anterior al 9 de febrero de 2010.

¹⁰⁷ ICSID Case No. ARB/19/22. Glencore demanda por un litigio relacionado con el canal de acceso al puerto de Santa Marta, que perdió ante la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI). La multinacional señala que el Estado Colombiano la debe indemnizar porque el canal de acceso al puerto debió ser financiado por el Estado por ser de uso público.

¹⁰⁸ ICSID Case No. ARB/18/12. En caso similar a la reclamación de Eco Oro Minerals Corp, la demandante Red Eagle considera vulnerado el TLC Canadá Colombia, por presunta expropiación indirecta de sus proyectos mineros ubicados en Vetas, Santander -área de páramos-, ante la decisión de la Corte Constitucional (C-035-16), ya mencionada.

¹⁰⁹ ICSID Case No. ARB/18/13. En caso similar al de Eco Oro, la demandante, con intereses en el proyecto minero Reina de Oro en Vetas, Santander, consideró vulnerado el Tratado de Libre Comercio Canadá Colombia, por decisión de la Corte Constitucional (C-035-16) por presunta expropiación indirecta de sus proyectos mineros.

¹¹⁰ ICSID Case No. ARB/18/23. La demandante, contando con un título minero para explotación de las minas ubicadas en el cerro El Burro de Marmato, Caldas, habría obtenido una orden de amparo administrativo (art. 307 Ley 685 de 2001) para desalojar a los mineros artesanales que obtenían su sustento de dichas minas, sin embargo, el acto administrativo fue dejado sin efectos por la Corte Constitucional en SU 133-17 por no agotar el mecanismo de Consulta previa. Esta circunstancia, junto con el fracaso del Estado en detener las operaciones de grupos guerrilleros y disturbios civiles en el área, habrían constituido una presunta vulneración del Tratado de Libre Comercio Canadá-Colombia 2008.

América Móvil S.A.B¹¹¹ y Telefónica S.A¹¹²., en tercer lugar las relativas a los servicios bancarios y financieros: Astrida Benita Carrizosa¹¹³ y por último las del sector de la construcción: Angel Samuel Seda¹¹⁴.

La experiencia de algunos países de la región da cuenta de la magnitud del costo fiscal que puede generar una controversia inversionista–Estado, cuando se incumplen obligaciones pactadas en los AII. Para el año 2006, los reclamos contra Argentina constituían cerca del 50% de los gastos corrientes de toda la administración pública¹¹⁵ y representaba más del 10% del producto interno bruto (PIB) del país¹¹⁶.

3. EJECUTORIEDAD DE LOS LAUDOS

Ante una eventual condena que pueda sufrir el Estado, se debe tener en cuenta que el pago de los montos establecidos en los laudos tiene fechas límite

¹¹¹ ICSID Case No. ARB (AF)/16/5. La demandante alega violación de trato justo y equitativo, violación de cláusula de nación más favorecida y expropiación sin compensación, ante la decisión del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, de solicitar la reversión de los activos afectados al contrato de concesión vigente entre la demandante y el Estado, e iniciar un proceso de arbitraje doméstico ante la Cámara de Comercio de Bogotá para dirimir la controversia respecto de la liquidación del contrato de concesión, proceso que finalmente fue fallado a favor de la Nación.

¹¹² ICSID Case No. ARB/18/13. Similar caso al anterior, la demandante alega violación de trato justo y equitativo, y expropiación sin indemnización, ante la orden de reversión de los activos destinados a un contrato de concesión, y posterior fallo arbitral que la condenó a pagar una cuantiosa multa en favor de la nación.

¹¹³ ICSID Case No. ARB/18/5. La demandante alega expropiación directa sin compensación por parte del Estado sobre el Banco Granahorrar, del cual era accionista mayoritaria, debido a que dicha entidad, por problemas de insolvencia, habría sido intervenida y nacionalizada sin notificar a los socios de las medidas adoptadas.

¹¹⁴ ICSID Case No. ARB/19/6. Los demandantes alegan expropiación sin compensación y violación de trato justo y equitativo, ante el proceso de extinción de dominio adelantado por la Fiscalía General de la Nación sobre el proyecto inmobiliario *Meritage*, ubicado en las afueras de Medellín.

¹¹⁵ Pérez Cortés, Ignacio “Experiencia Argentina en la defensa de reclamaciones inversionista Estado” Seminario organizado por la OEA administración de los regímenes de los Tratados de Libre Comercio, Ciudad de Puebla, México 22-24 marzo.2006.

¹¹⁶ *Ibidem*.

para su cumplimiento y el incumplimiento del laudo genera intereses adicionales.

Vale la pena resaltar que en el arbitraje de inversiones CIADI la ejecución de los laudos es directa y no es necesario seguir las reglas de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958, los artículos 53, 54 y 55 del Convenio CIADI constituyen *lex specialis* y, por lo tanto, aplican sin consideración a la Convención de Nueva York¹¹⁷.

Conforme a lo anterior resulta válido afirmar que cualquier tipo de control sobre el laudo por parte de los tribunales locales desaparece, así la decisión sea contraria a normas de orden público del Estado receptor de la inversión. Una vez el inversionista obtiene un laudo favorable contra un país tiene un título ejecutivo directo y cumpliendo con las formalidades internacionales básicas puede exigir el pago y el Estado no podrá rehusarse a cumplir con la obligación.

Las facilidades de ejecución de los laudos en el sistema CIADI lo convierte en uno de los escenarios de arbitraje más atractivos para los inversionistas por encima de UNCITRAL, la Corte Permanente de Arbitraje en la Haya o la Cámara de Comercio Internacional de París.

En el caso argentino el gobierno ha defendido la tesis que el sistema jurídico nacional exige que los laudos del CIADI hagan tránsito a un posterior control nacional. La supremacía jerárquica de la Constitución y cierta jurisprudencia nacional analógicamente invocada, han servido como fundamento a las autoridades argentinas para declarar que solo efectuarán los pagos si así lo

¹¹⁷ Gallardo Ciro, Raúl Alberto. *Op. Cit.* p.172.

impone un tribunal nacional¹¹⁸, sin embargo estos argumentos han sido abiertamente rechazados por el CIADI que considera que el carácter obligatorio y la ejecutoriedad del laudo son automáticas como lo establece el Convenio CIADI y no están condicionadas a la aprobación de ninguna autoridad nacional del Estado receptor de la inversión.

Frente a este punto resulta importante señalar que cualquier Estado que se abstenga de realizar un pago ordenado por un laudo automáticamente corre el riesgo de soportar una ejecución forzosa por medio de la cual sus bienes en el extranjero podrían llegar a ser embargados, por ejemplo en el caso *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs Chile* un juzgado de primera instancia de la ciudad de Madrid ordenó el embargo de bienes del Estado chileno en España por más de tres millones de euros dando aplicación al artículo 54.1 del Convenio CIADI¹¹⁹ y esto ocurrió sin necesidad de presentación de un exequátur previo del laudo¹²⁰, así mismo en el caso *Crystallex International Corporation vs Venezuela* un juez federal de Estados Unidos autorizó el embargo de la empresa Citgo (propiedad de la petrolera estatal venezolana PDVSA) para satisfacer las acreencias de los inversionistas, ante el anuncio de la decisión el gobierno venezolano tuvo que desembolsar 425 millones de dólares en noviembre de 2018 para frenar el embargo y tendrá plazo hasta principios de 2021 para pagar los 725 millones

¹¹⁸ Fach Gómez, Katia “Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 40, n°113, julio-diciembre, Medellín, 2010, p.442.

¹¹⁹ La norma señala que todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme al Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de su territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.

¹²⁰ Rueda García, José Ángel. “Primera ejecución forzosa conocida de un laudo arbitral ciadi en España (*Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende C. República de Chile*): sin exequátur”, *Cuadernos de Derecho Transnacional- CDT*, Vol. 6, n°1, Universidad Carlos Tercero, 2014, p.414.

de dólares restantes que ordena el laudo o de lo contrario Crystallex podrá pagarse con los activos de Citgo¹²¹.

4. ANÁLISIS DEL LAUDO CASO GLENCORE Y PRODECO VS COLOMBIA¹²²

Una de las controversias contra Colombia puesta en conocimiento del CIADI fue la iniciada por la multinacional Suiza *Glencore* y su filial en Colombia *Prodeco*, que alegaron sufrir un trato injusto e inequitativo por parte del Estado, en razón de una sanción que le impuso la Contraloría a *Prodeco* por la firma de un otrosí ilícito a través del cual disminuyó en 60.000 millones de pesos el pago de regalías¹²³. En este apartado se analizarán los hechos más relevantes del caso, los argumentos esgrimidos por las partes durante el proceso, las consideraciones del tribunal arbitral y su decisión. Así mismo, se pretende demostrar, que a pesar de que el país no fue condenado por los más de 500 millones de dólares que solicitaba la transnacional, la decisión constituye un precedente bastante negativo, puesto que reviste de legalidad una actuación ilegal y desconoce la capacidad sancionatoria de los órganos de control del Estado.

4.1 HECHOS

El 30 de abril del año 2015 la Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría) dictó el fallo de responsabilidad fiscal 00482¹²⁴ a través del cual

¹²¹ PDVSA paga a minera para salvar a Citgo. *Portafolio*. Bogotá, 26 de noviembre de 2018; disponible en: <https://www.portafolio.co/internacional/pdvs-a-paga-a-minera-para-salvar-a-citgo-523768>

¹²² Laudo CIADI Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Colombia, árbitros Oscar Garibaldi, Christopher Thomas y Juan Fernández-Armesto; disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/6>

¹²³ Un otrosí ilícito fue el mecanismo de defensa del Estado colombiano contra Glencore. *Asuntos Legales*, 29 de agosto de 2019; disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/colombia-argumento-un-otrosi-ilicito-en-tribunal-contra-glencore-2901964>

¹²⁴ Conozca el laudo del Ciadi que acabó la disputa entre Colombia y la multinacional suiza Glencore. *Ámbito jurídico*. Bogotá, 9 de septiembre de 2019; disponible en: <https://www.ambitojuridico.com.co/actualidad/colombia-argumento-un-otrosi-ilicito-en-tribunal-contra-glencore-2901964>

declaró responsable a *Prodeco* por el detrimento patrimonial sufrido por la nación como consecuencia de la suscripción del otrosí número 8 del contrato de concesión minera para la explotación de la mina Calenturitas, en el departamento del Cesar¹²⁵.

En el otrosí número 8, las partes acordaron ajustar la fórmula para el cálculo de las regalías. A causa de esta modificación, el Estado habría dejado de recibir alrededor de 60.000 millones de pesos¹²⁶. *Prodeco* recurrió la decisión de la Contraloría, que fue mantenida en sede de reposición y apelación, así mismo demandó la anulación del fallo administrativo de responsabilidad fiscal, proceso que actualmente se encuentra pendiente en el Tribunal Superior de Cundinamarca¹²⁷.

4.2 ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Glencore y *Prodeco* señalaron que el Estado Colombiano vulneró los artículos 4(1), 4(2) y 10(2) del TBI Colombia-Suiza¹²⁸, dichos artículos se refieren a los estándares de protección a las inversiones de trato justo y equitativo, trato nacional y nación más favorecida, sin embargo las demandantes centran su reclamación en la supuesta violación de la cláusula de trato justo y equitativo bajo tres razones:

1) La Contraloría vulneró el derecho al debido proceso de *Prodeco*.

tojuridico.com/noticias/general/mercantil-propiedad-intelectual-y-arbitraje/conozca-el-laudo-del-ciadi-que-acabo

¹²⁵ *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Colombia*. Colombian very young arbitration practitioners; disponible en: <http://www.colvyap.com/2019/08/glencore-international-ag-y-ci-prodeco.html>

¹²⁶ *Glencore contra Colombia: una condena agrídulce*. *Razón pública*. Bogotá, 9 de septiembre de 2019; disponible en: <https://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/12260-glencore-contra-colombia-una-condena-agridulce.html>

¹²⁷ *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Colombia*. *Op. Cit.*

¹²⁸ Laudo, nota 121 *supra*, fundamento 1148

2) Durante el proceso de responsabilidad fiscal el ente de control actuó de manera parcializada y de mala fe.

3) Se afectaron las expectativas legítimas de la empresa¹²⁹.

Por su parte el Estado Colombiano respondió manifestando que la Contraloría e Ingeominas actuaron conforme al derecho nacional e internacional y que las actuaciones del Estado fueron legítimas y no constituyeron una violación del estándar de trato justo y equitativo.¹³⁰

4.3 CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El tribunal determinó que Colombia incumplió la obligación de trato justo y equitativo contemplada en el TBI porque el procedimiento de valoración del detrimento patrimonial sufrido por el Estado, utilizado en el proceso de responsabilidad fiscal, fue “irrazonable y arbitrario” puesto que no se tuvo en cuenta el impacto del compromiso de aumentar la capacidad productiva de la mina, y no se recurrió a otros métodos como simulaciones y proyecciones¹³¹.

4.4 DECISIÓN

El Estado fue condenado y se le ordenó devolverle a *Prodeco* las sumas pagadas como consecuencia del fallo de responsabilidad fiscal, cifra equivalente a 19.1 millones de dólares más intereses a una tasa Libor del 2% y se le exigió también el pago de USD 1'692.900 por concepto de gastos del proceso¹³².

¹²⁹ Laudo, nota 121 *supra*, fundamento 1149

¹³⁰ Laudo, nota 121 *supra*, fundamento 1197

¹³¹ Laudo, nota 121 *supra*, fundamento 1307

¹³² Laudo, nota 121 *supra*, fundamento 1687

4.5 ALGUNAS CONSIDERACIONES

El tribunal revistió de legalidad una situación que había sido declarada ilegal por la Contraloría y desconoció la sanción que había impuesto el órgano de control por un detrimento patrimonial más que evidente. Esta decisión, a pesar de que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la quiera mostrar como una gran victoria¹³³, en realidad constituye un precedente bastante preocupante, puesto que abre la puerta para que los tribunales internacionales de inversión puedan cuestionar la institucionalidad del control fiscal y se opaquen por completo las facultades constitucionales y legales que tiene el Estado para sancionar las infracciones fiscales o administrativas en que incurran las empresas multinacionales.

Así mismo, resulta necesario destacar la amplitud y ambigüedad con la que el tribunal estudia el estándar de trato justo y equitativo, prácticamente cualquier actuación del Estado en ejercicio de sus facultades regulatorias podría llegar a enmarcarse como una vulneración del trato justo y equitativo.

5. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Los elementos descritos a lo largo de este capítulo, cuáles fueron las características y dimensiones de los procesos que se llevan ante el CIADI, permiten entrever que existe una cantidad de factores que lo hacen desaconsejable como sistema de resolución de controversias para los Estados.

En primer lugar, se advirtió que existe una serie de costos para poner en funcionamiento el tribunal arbitral, entre ellos, los honorarios de los árbitros.

¹³³ Comunicado de prensa No. 09 “De los 600 millones de dólares que pretendía Glencore, Colombia sólo deberá devolver 19 millones de dólares”

Estos costos, sumados a los honorarios del grupo de expertos que debe ser contratado para defender a la Nación, llegan a ser de cuantías tan elevadas, que de por sí, ya constituyen un factor disuasivo para acudir al mecanismo.

Además de estos costos, se observa que, para el Estado, la posibilidad de ser condenado en el proceso arbitral, implica tener que comprometer importantes sumas para costear las astronómicas cifras pretendidas por los inversionistas, en desmedro del destino de dichos recursos a la satisfacción de necesidades superiores de los nacionales, como el acceso a la educación, la garantía del derecho a la salud, el funcionamiento del aparato judicial interno, entre muchos otros.

La posibilidad de no acatar el laudo condenatorio tampoco es una opción para el Estado, no sólo por aplicación de los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe que rigen las relaciones internacionales¹³⁴, sino por razones más pragmáticas, atendiendo a que, como se expuso anteriormente, dichas providencias pueden ser ejecutadas de manera forzada sobre los bienes de la Nación en territorios extranjeros, sin posibilidad de oponer razones de Estado ni de interés superior al cumplimiento de los fallos.

Por último, el análisis que se hizo del laudo de Glencore así como los elementos que se estudiarán en el capítulo tercero refuerzan la idea sobre la necesidad de que el Estado de un viraje sustancial en su política estatal frente al derecho internacional de las inversiones.

¹³⁴ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados “*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*”

CAPÍTULO III. REPLANTEAMIENTO DE LA POLÍTICA EXTERIOR EN MATERIA DE INVERSIÓN

Anteriormente se realizó un recuento sobre la evolución histórica de los mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado hasta llegar al actual modelo del arbitraje internacional de inversión.

En este capítulo se pretende demostrar que el arbitraje de inversión ante el CIADI es un mecanismo de solución de controversias que no otorga garantías de juicio imparcial para los Estados demandados, especialmente los que están en vías de desarrollo, por varias razones: recuentos estadísticos de los laudos proferidos por los tribunales que muestran una marcada tendencia de favorecimiento a los intereses de los inversores, la inseguridad jurídica que permea el sistema ante la ausencia de generalización de normas y precedentes vinculantes, los conflictos de intereses que se presentan con varios de los árbitros y el inoperante mecanismo de recusaciones, la financiación por parte de terceros y la vaguedad y amplitud de los estándares de protección a las inversiones contenidos en los AI que propician el surgimiento de interpretaciones en extremo favorables a los inversionistas dejando a los Estados demandados en una evidente condición de desfavorabilidad, o incluso, prácticamente indefensos.

Tal como se estableció en el capítulo primero no existe evidencia de que la IED genere riqueza y que esta se traduzca automáticamente en bienestar social para los países receptores de la inversión. Sin embargo, aún si se admitiese como verdadera la premisa de la IED como factor determinante del crecimiento y desarrollo económico de los países latinoamericanos, se demostrará que no existe ninguna relación entre la suscripción de AI y el ingreso de los flujos de IED como lo muestra la experiencia brasileña. Ni

tampoco entre la salida de un país del CIADI y la disminución de los montos de inversión foránea como lo evidencian los casos de Ecuador y Bolivia.

Finalmente, se expondrán una serie de alternativas que permitirían replantear la política del Estado en materia de derecho internacional de las inversiones, estas consisten en la renegociación de los AI vigentes, un control de constitucionalidad de fondo sobre futuros acuerdos que se negocien y la adopción de mecanismos para la resolución de conflictos de inversión distintos al arbitraje internacional inversionista-Estado.

1. LA IMPARCIALIDAD DEL CIADI: UN ESPEJISMO EN EL DESIERTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Son varias las razones por las cuales la imparcialidad del CIADI es constantemente cuestionada y puesta en tela de juicio, a lo largo de este capítulo se analizarán algunas de las más relevantes, sin embargo, antes de entrar a estudiarlas en detalle, vale la pena revisar ciertas cifras de los procesos que a la fecha se han adelantado ante el centro arbitral contra países de América Latina y el Caribe.

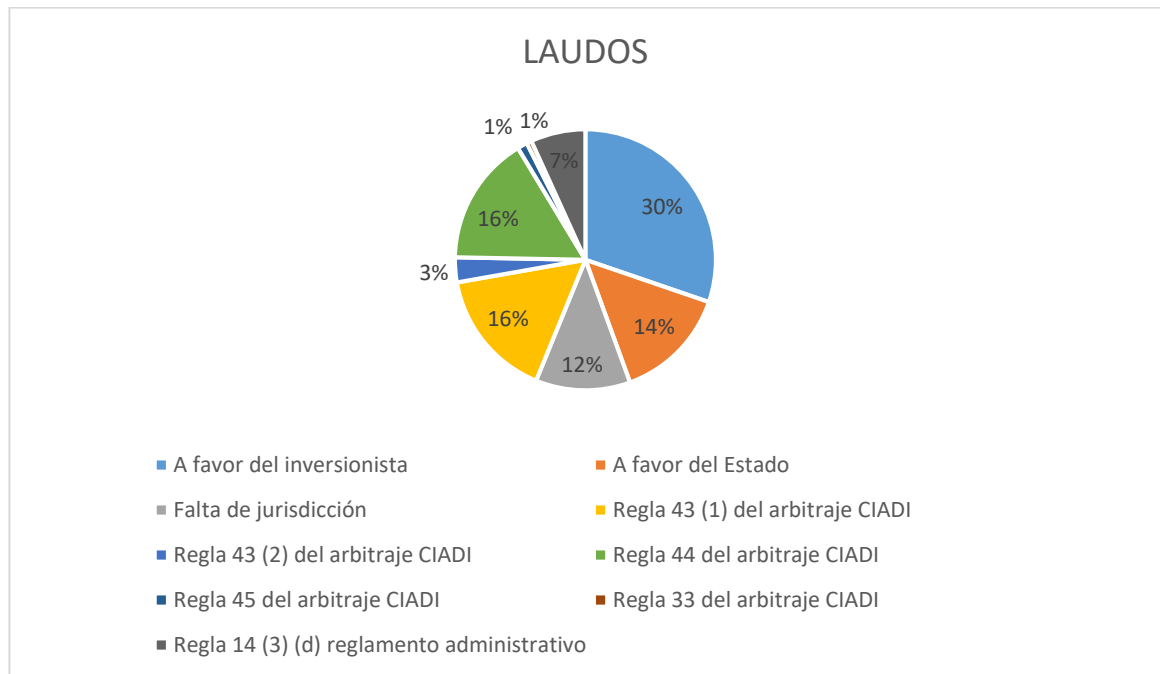
Un primer aspecto a tener en cuenta son los 231 casos registrados contra países de la región, de estos, 163 ya concluyeron mientras que 68 aún están a la espera de ser resueltos. Frente a los casos concluidos se observa una gran cantidad de laudos que han sido favorables a los intereses de los inversionistas llegan a 49, es decir, el 30% del total mientras que, las decisiones favorables para los Estados tan solo alcanzan a ser 23, que constituyen un escaso 14% del global¹³⁵ (ver ilustración 4).

¹³⁵ Estadísticas obtenidas por el grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI.

Las reglas 43 (1), 43 (2), 44 y 45 del arbitraje CIADI referidas a terminación de los proceso de común acuerdo, laudos consensuados y acuerdos de conciliación, representan el 56% de la totalidad de los casos¹³⁶, un porcentaje bastante elevado y en el que predominan las fórmulas de arreglo presentadas por los Estados a los inversionistas con el fin de evitar un detrimento patrimonial mayor ante una eventual condena.

Si se suman los casos con fórmulas de arreglo y aquellos en que los Estados han sido condenados la cifra asciende a un 86%¹³⁷, lo que sin duda es el fiel reflejo de un sistema que inclina la balanza al favorecimiento de los intereses privados sobre los intereses generales de cientos de miles de ciudadanos.

Ilustración 4: Laudos proferidos por los tribunales del CIADI frente a países latinoamericanos



Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

¹³⁶ *Ibidem.*

¹³⁷ *Ibidem.*

1.1 UN SISTEMA PERMEADO POR LA INSEGURIDAD JURÍDICA

El derecho internacional de las inversiones esta permeado por la inseguridad jurídica, el fundamento de esta afirmación se encuentra en la lógica fragmentaria de este derecho, en el que la que la ley aplicable se encuentra contenido en cada AI suscrito¹³⁸, así mismo no existe un instrumento plurilateral que permita la generalización de normas en esta materia¹³⁹, no existe un operador jurídico internacional que se encargue de la unificación de normas e interpretaciones o que cree una¹⁴⁰.

La inexistencia de una jurisprudencia dentro del sistema o de precedentes que sean vinculantes para los árbitros ha llevado a que casos con supuestos de hecho semejantes sean resueltos de manera completamente distinta, ante tal situación los Estados no cuentan con herramientas jurídicas que les permitan exigir que se falle tal como se hizo en casos anteriores.

Así mismo y como se analizará más adelante, la amplitud y ambigüedad de las cláusulas que contienen los AI ha permitido que cualquier actuación por parte del Estado pueda llegar a ser considerada como un trato injusto e inequitativo o una expropiación indirecta.

1.2 LA PUERTA GIRATORIA: RECUSACIONES INEFICACES

Otro punto a observar en los conflictos que se ventilan ante el CIADI es el relativo a las recusaciones que se pueden formular a los árbitros. Si se mira el Convenio del CIADI junto a sus reglamentos, específicamente “las Reglas

¹³⁸ Según el último informe de UNCTAD a finales de 2018 se habían celebrado más de 3000 de estos acuerdos.

¹³⁹ Rivas Ramírez, Daniel. *Las nuevas dinámicas de los ordenamientos jurídicos y la protección de bienes jurídicos constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p.7.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI”, se puede ver que el procedimiento para efectuar una recusación es en principio sencillo.

Las recusaciones a un árbitro se pueden efectuar una vez se encuentre constituido el tribunal y como tiempo límite se tiene hasta que se declare cerrado el procedimiento, en todo caso, una vez se tenga conocimiento del fundamento de la recusación ésta se deberá hacer en el menor tiempo posible so pena de su rechazo¹⁴¹. Una vez efectuada la recusación con la expresión de todos los motivos que dieron lugar a ella, el secretario deberá correr traslado a los otros árbitros o al presidente, en caso de que se trate de árbitro único y éste haya sido recusado; a la contra parte y al árbitro que ha sido recusado para que brinde las explicaciones a que haya lugar¹⁴². La decisión será tomada por los otros árbitros y en caso de empate, o si se trataba de árbitro único, decidirá el presidente¹⁴³.

El trámite de la recusación suspende el procedimiento y una vez se llegue a una decisión se reanudará el procedimiento en la etapa en la que se había dejado. Cuando la decisión sea de remoción del cargo, solo en caso de que ya hubiese iniciado la etapa oral el nuevo árbitro podrá solicitar que se repita esa parte¹⁴⁴.

En términos generales se podría dilucidar que la regulación procesal para las recusaciones no tiene mayor complejidad, la problemática se presenta en la parte sustancial y más específicamente en las causales para poder recusar a un árbitro. El artículo 57 del Convenio CIADI señala que cualquiera de las partes podrá recusar a un miembro del tribunal arbitral cuando este carezca manifiestamente de las cualidades que exige el artículo 14 del Convenio.

¹⁴¹ Regla 9, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Regla 18, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI.

Se hace necesario entonces remitirse al artículo 14 del Convenio para mirar cuáles son esas cualidades que debe reunir el árbitro bajo el sistema de arbitraje CIADI.

Artículo 14 del Convenio CIADI “*Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*” (negrilla fuera del texto)

Nos encontramos entonces con que la expresión “*inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio*” resulta bastante amplia y abstracta, el asunto se dificulta aún más ante la ausencia de unas causales taxativas que señalen supuestos de hecho concretos en los que se enmarque la falta de parcialidad por parte de los árbitros, así mismo la inexistencia de una jurisprudencia vinculante en el sistema CIADI, ha impedido que se puedan establecer unos criterios o estándares objetivos que permitan identificar cuando el árbitro carece de imparcialidad e independencia para decidir un determinado asunto.

Lo anterior ha llevado a que desde la creación del CIADI se hayan interpuesto 74 recusaciones en el sistema de las cuales tan solo 5 han prosperado,¹⁴⁵ esta cifra sorprende teniendo en cuenta que existen pruebas que demuestran que muchos de los árbitros tienen importantes vínculos con el mundo corporativo y con varias de las compañías que actúan como partes en múltiples controversias dentro del sistema¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Fach Gómez, Katia. “Los tribunales arbitrales de inversiones internacionales: algunas reflexiones en torno al mecanismo de recusación de sus árbitros”, AA. VV., Universidad Externado de Colombia, 2019, p.5.

¹⁴⁶ Por ejemplo, en el caso *Aguas del Aconquija y Vivendi vs. Argentina*, Gabrielle Kaufmann-Kohler fue designada como árbitro por el inversor, sin embargo mientras desempeñaba la labor de árbitro ostentaba al mismo tiempo la calidad de directora del banco suizo UBS, que a su vez era el accionista mayoritario de *Vivendi*. Esta situación generaba un claro conflicto de

Así mismo varios de los árbitros que hacen parte de la lista del CIADI antes de ocupar dicha calidad habían trabajado para firmas de abogados especializadas en temas de inversiones, suele suceder entonces que llegan a su conocimiento casos en los cuales alguna de las partes involucrada en la controversia está siendo asesorada por una firma de abogados con la que ellos tuvieron un vínculo laboral en el pasado o aún mantienen alguna relación. Esto sin lugar a dudas genera un claro conflicto de intereses y debería llevar a que los árbitros se apartasen del conocimiento del asunto puesto a su consideración, sin embargo en caso de que cualquiera de las partes interponga una recusación por este motivo es muy difícil que la misma prospere teniendo en cuenta la amplitud y ambigüedad que quedó plasmada en el artículo 14.

Finalmente en lo que respecta a la regla 7 de las reglas procesales aplicables a los procedimientos de arbitraje CIADI no hay mayor reparo ya que se encarga de regular lo concerniente a la nacionalidad de los árbitros, estableciendo que no es posible que se elijan árbitros de la nacionalidad de alguna de las partes en conflicto, a menos que esa elección se dé de mutuo acuerdo¹⁴⁷. En ningún caso el presidente podrá elegir un árbitro de alguna de la nacionalidad de las partes que participan en la controversia¹⁴⁸.

1.3 LA FINANCIACIÓN POR PARTE DE TERCEROS

El arbitraje de inversiones ante el CIADI se convirtió en un lucrativo negocio para las grandes firmas de financiamiento a nivel mundial, firmas como Burford Capital, Juridica Investment LTD, Omni Bridgeway, Fulbrook Management,

intereses y constituía una violación a los principios de imparcialidad y debido proceso, aún así no fue tomada en cuenta por el CIADI y Argentina fue condenada al pago de 170 millones de dólares. Veáse <http://www.laprensa.com.ar/363379-Cuestiona-el-Gobierno-la-credibilidad-del-Ciadi.note.aspx>

¹⁴⁷ Regla 7, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje CIADI.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

entre muchas otras más financian a distintos inversionistas para que estos puedan sufragar los costos de litigio al momento de demandar a los Estados, se espera entonces que el tribunal arbitral dicte un laudo favorable al inversionista y que las ganancias potenciales del proceso se dividan entre la firma de financiamiento y el inversor, tal como lo afirmo John H Beisner socio mayoritario de la firma de abogados estadounidense Skadden “*La teoría consiste en tomar el sistema jurídico y convertirlo en un mercado de valores*”¹⁴⁹

La financiación de demandas por parte de terceros podría definirse como la inversión que hace una firma de financiación en un pleito de un inversor extranjero contra un Estado con la expectativa de obtener una ganancia en caso de que se condene al Estado¹⁵⁰. Por lo general el financiador toma entre el 20% y 50% del pago ordenado en el laudo final¹⁵¹.

Algunos estudios han demostrado que la financiación de demandas por parte de terceros aumenta el número de casos que se registran ante el CIADI, pues reduce el riesgo y los costos de presentar una demanda para los inversionistas¹⁵².

En el caso colombiano y tal como lo analizaremos con mayor detalle en el siguiente capítulo, tres firmas de financiamiento –Amber Capital LLP, Paulson & Co. y Tenor Capital Management Company- adquirieron intereses en la compañía canadiense Eco Oro Minerals Corp desde que tuvieron

¹⁴⁹ Olivet Cecilia & Eberhardt Pia, *Op. Cit.* p.56.

¹⁵⁰ *Ibid.* p. 57.

¹⁵¹ OECD (2012) Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 May – 23 July 2012, p.37.

¹⁵² Chen, Daniel “Can markets stimulate rights? On the alienability of legal claims”. *The RAND Journal of Economics*, n°46, 2015, p. 23-65; véase también Abrams, David & Chen, Daniel “A market for justice: A first empirical look at third party litigation funding”. *University of Pennsylvania Journal on Business Law*, n°15, 2013, p. 1078.

conocimiento de la demanda que la multinacional había entablado contra el Estado colombiano en el año 2016¹⁵³.

El sistema CIADI carece por completo de regulación jurídica en torno a la financiación de terceros, no existe ninguna norma que se encargue de reglamentar este tema, tal como lo afirma *Maya Steinitz* de la universidad de Iowa el crecimiento de la financiación de terceros se debe a la “ausencia de facto de toda regulación profesional que permite a financiadores y abogados operar al margen del alcance disciplinario de los colegios de abogados”.

2. ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES CONTENIDOS EN LOS AII

Los AII contienen varias disposiciones de contenido económico y jurídico de obligatorio cumplimiento para las partes, estos acuerdos entran a ser parte del ordenamiento jurídico nacional e incorporan una especie de nueva legislación económica para los Estados que los suscriben. La regla general es que en un arbitraje inversionista – Estado ante el CIADI la ley aplicable será el TBI o el capítulo de inversión del TLC respectivo¹⁵⁴.

Se procederá pues a realizar un análisis del contenido de cada una de estas cláusulas que están presentes en la gran mayoría de los AII que se han celebrado en el mundo hasta el momento:

¹⁵³ Velásquez Ruiz, Marco. “Los nuevos accionistas de Eco Oro Minerals: conflicto de intereses”, *Blogs El Tiempo*. Bogotá, 28 de diciembre de 2016; disponible en: <http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/12/28/los-nuevos-accionistas-de-eco-oro/>

¹⁵⁴ Cárdenas Muñoz, Andrés. “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a los arbitrajes de inversión derivados de Acuerdos Internacionales de Inversión”, disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/algunas-reflexiones-sobre-la-ley-aplicable-a-los-arbitrajes-de-inversion-derivados-de-acuerdos-internacionales-de-inversion/>

2.1 LA PROHIBICIÓN DE LOS REQUISITOS DE DESEMPEÑO

Los requisitos de desempeño hacen alusión a ciertas conductas que se le exigen a los inversionistas extranjeros para que sus actividades contribuyan al crecimiento y desarrollo económico del país receptor de la inversión¹⁵⁵, por ejemplo para el caso colombiano serían requisitos de desempeño que el inversionista se comprometa a contratar mano de obra nacional para el desarrollo de su inversión, que adquiera materias primas colombianas para el ejercicio de la actividad económica o si es una compañía que desarrolla una actividad económica tecnológica se comprometa a realizar una transferencia de tecnología al Estado Colombiano.

Los AIJ suelen contener la cláusula de prohibición de los requisitos de desempeño, es decir, prohíben expresamente que los inversionistas transfieran tecnología, paguen más impuestos o mejoren las condiciones laborales de los trabajadores que contratan¹⁵⁶. Estamos pues frente a una paradoja, teniendo en cuenta que todos los beneficios que teóricamente se le atribuyen a la IED son explícitamente prohibidos por los mismos acuerdos.

En el caso colombiano las cláusulas de requisitos de desempeño se prohíben o no se mencionan en la mayoría de los acuerdos, esto sin lugar a dudas desconoce la función social que deben cumplir las empresas contradiciendo lo establecido en el artículo 333 de nuestra Constitución Política.

Podríamos resumir que la cláusula de prohibición de requisitos de desempeño representa una visión según la cual la IED no debe ligarse con las metas de desarrollo económico que los Estados se fijan.

¹⁵⁵ Nikièma, Suzy H. "Performance Requirements in Investment Treaties", *Best Practices Series*, December 2014, p.1.

¹⁵⁶ Schreuer, Christoph. "Investments, International Protection", January 2011, p.8.

2.2 TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Se trata de una cláusula de protección a la inversión bastante amplia, varios tribunales de arbitramento en sus laudos e inversores extranjeros en sus demandas equiparan el trato justo y equitativo con una especie de inmodificabilidad de las condiciones iniciales de la inversión, lo que lleva a que cualquier cambio de las circunstancias que se presente durante la ejecución de la actividad económica pueda ser considerado como un trato injusto e inequitativo¹⁵⁷.

Esta cláusula busca conferir casi que unas condiciones de estabilidad perpetua y de predictibilidad de todo el sistema legal, lo que por supuesto es bastante cuestionable. Su carácter “flexible” o amplio es lo que representa su mayor complejidad dado que ha hecho que no se llegue a un consenso frente a su definición ni en la doctrina, ni entre los distintos tribunales internacionales de inversión, lo que va en contra del principio de seguridad jurídica¹⁵⁸.

El estándar de trato justo y equitativo en los AII aparece por primera vez en el tratado celebrado entre Túnez y Bélgica y Luxemburgo en el año 1964, en Estados Unidos empieza a aparecer en todos los AII celebrados desde 1977 y en el caso colombiano lo encontramos en los TLC con Estados Unidos y Chile y en el TBI con España.

En la actualidad esta cláusula es una de las más utilizadas como fundamento de derecho de las demandas presentadas por los inversores, precisamente por su flexibilidad, y ha generado grandes pérdidas para aquellos estados que han sido condenados con base en la violación de esta garantía. Esto sucedió

¹⁵⁷ Goldenberg Peñafiel, Mónica & De la Cerda Olivos, Cristóbal. “Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera”, Universidad de Chile, 2007, p. 20

¹⁵⁸ *Ibidem*.

con el caso *Metalclad* en el que México tuvo que pagar casi 17 millones de dólares y en el caso *CMS* en el cual Argentina fue condenada al pago de 133 millones de dólares¹⁵⁹.

El trato justo y equitativo comporta una noción amplia y dinámica que suele ser utilizada por los tribunales para adaptarse a diferentes circunstancias y en esa medida es ampliamente riesgosa y llega a ser bastante intrusiva en las capacidades de regulación de los Estados.

2.3 TRATO NACIONAL

De acuerdo con *Castro Peña* la cláusula de trato nacional “*supone que el trato a inversionistas extranjeros no sea menos favorable en igualdad de condiciones de competencia que aquel concedido a los inversionistas nacionales en la aplicación de regulaciones o prácticas adoptadas por el Estado receptor*”¹⁶⁰

Para aplicar este estándar se han reconocido cuatro elementos. El primero de ellos, la concesión de una garantía, mediante el establecimiento de un “piso”, consistente en el trato que se otorga al nacional, debajo del cual no puede tratarse al inversionista extranjero¹⁶¹. El segundo, un parámetro de comparación, en el que se cuestiona que beneficios, incentivos y garantías se otorga a los nacionales y sus inversiones¹⁶². El tercero, la comparación factual entre inversionistas nacionales y extranjeros, es decir, si ambos desarrollan sus inversiones en circunstancias similares, pues de no ser así, la diferencia de trato no sería violatoria del estándar¹⁶³. En último lugar, la etapa en la que

¹⁵⁹ Montes de Oca Milán, Katia. “La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional público”, La Habana, 2011, p.6.

¹⁶⁰ Castro Peña, María Natalia. *Op. Cit.* p.45.

¹⁶¹ *Ibíd.*, p.45.

¹⁶² *Ibíd.*, p.45.

¹⁶³ *Ibíd.*, p.45.

se otorga el estándar, esto es, si es pre-establecimiento de la inversión, o post-establecimiento de la misma¹⁶⁴.

Se ha observado una aplicación variable y errática de esta cláusula, tal como lo puso de presente la Corte Constitucional en sentencia C-252-19¹⁶⁵. En este caso, la Corte decidió sobre la exequibilidad del TBI suscrito entre Colombia y Francia, y detuvo su atención en la cláusula referida al estándar de trato nacional. En el aparte pertinente, el tratado dispuso que cada Parte Contratante “*aplicará en su territorio a los inversionistas de la otra Parte Contratante, respecto de sus inversiones y actividades relacionadas con sus inversiones, un trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares a sus inversionistas*”¹⁶⁶

La expresión “*situaciones similares*” incluida en la cláusula, genera una ambigüedad en cuanto a su interpretación, pues no se sabe a ciencia cierta hasta qué punto llega el alcance de la “similitud”. ¿Debe tratarse de dos inversiones que versan exactamente sobre los mismos bienes y servicios y se encuentran en relación directa de competencia? ¿O puede tratarse de inversiones en bienes y productos que no son similares ni compiten directamente, pero que se encuentran en el mismo sector económico?

Para ilustrar la ambigüedad de la interpretación que los tribunales arbitrales hacen de esta cláusula, la Corte puso de presente dos casos. En el primero, de *Occidental v Ecuador*, un inversionista petrolero alegó que Ecuador había violado la cláusula de trato nacional al no reconocerle el reembolso del IVA, mientras que sí lo hizo con empresas de sectores exportadores de flores y

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p.45.

¹⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252 del 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido con salvamento y aclaración de voto del magistrado Alejandro Linares; disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/C-252-19.htm>

¹⁶⁶ Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 216.

minería. Por su parte, Ecuador alegó que la expresión "situaciones similares" sólo hacía referencia a empresas del mismo sector de modo que la norma que reconocía el reembolso de IVA a las empresas exportadoras de flores y minería no debía extender sus beneficios a las petroleras como la demandante. Sin embargo, el Tribunal arbitral terminó acogiendo la tesis del demandante y concluyó que la expresión "*situaciones similares*" no puede ser interpretada "*de manera estricta, dado que el propósito de esta cláusula es la protección de los inversionistas en comparación con los locales, lo cual no puede conseguirse abordando exclusivamente el sector en el que se realiza esa actividad en particular.*"¹⁶⁷

En el segundo caso expuesto por la Corte, *Methanex Corp vs Estados Unidos*, la demandante, productora de metanol, alegó que Estados Unidos le estaba brindando trato discriminatorio frente a las empresas productoras de etanol a pesar de que se encontraban en situaciones similares pues los productos estaban en relación de competencia. En este caso, el tribunal manifestó que "*dado el objeto y la flexibilidad de [la cláusula de TN] y de la expresión circunstancias similares, sería perverso, de existir, ignorar los idénticos comparadores, y, en su lugar, utilizar comparadores menos probables*". Lo anterior quiere decir que, esta vez, el tribunal de arbitraje no encontró que las empresas de metanol y etanol se encontrasen en situaciones similares y por lo tanto, no podía predicarse trato discriminatorio de la demandante¹⁶⁸.

Entonces la Corte dedujo que en unos casos el CIADI analizaba la expresión "situaciones similares" utilizando un criterio más riguroso (*Methanex*) mientras que en otros, utilizaba un criterio más flexible (*Occidental*) para establecer la similitud entre los inversionistas nacionales y los extranjeros. Ante estas inconsistencias en la interpretación que los tribunales CIADI hacen sobre la

¹⁶⁷ Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 230.

¹⁶⁸ Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 231.

cláusula de trato nacional, la Corte decidió advertir al Gobierno que era necesario promover la aclaración del tratado y fijar un alcance más preciso de esta cláusula, a fin de que fuera compatible con el principio de seguridad jurídica y se disminuyera el riesgo de que un Tribunal arbitral interpretase el tratado en perjuicio de los intereses del Estado¹⁶⁹.

2.4 PROHIBICIÓN DE EXPROPIACIÓN, NACIONALIZACIÓN O ESTATIZACIÓN

La prohibición de expropiación no se refiere únicamente a la transferencia del título de dominio que posee el inversionista sobre la inversión y que pasa a ser propiedad del Estado sino también la expropiación indirecta que es definida como *“aquella en que el inversionista conserva el título legal de la propiedad pero ve limitados sus derechos de uso de la propiedad como consecuencia de una interferencia del Estado”*¹⁷⁰

Podría haber expropiación indirecta cuando por ejemplo la expectativa de ganancia es confiscada¹⁷¹, podría equipararse a lo que en el derecho administrativo nacional se conoce como el lucro cesante.

La regla general es entonces que no se encuentra permitida la expropiación directa e indirecta así como tampoco la adopción de medidas semejantes a la expropiación, con una única excepción que es la “Fórmula Hull” la cual establece que puede haber expropiación siempre que esta no sea

¹⁶⁹ Sentencia, nota 152 *supra*, fundamento 246.

¹⁷⁰ Páez, Marisol. “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos del Estado”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 39, n°153, abril-junio, Universidad de Chile, 2006, p.4.

¹⁷¹ Expropiación indirecta en los tratados de inversión. *Asuntos Legales*. Bogotá, 7 de junio de 2017; disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/santiago-wills-533211/expropiacion-indirecta-en-los-tratados-de-inversion-2518186>

discriminatoria o arbitraria, respete el debido proceso y exista una pronta, adecuada y efectiva indemnización¹⁷².

2.5 LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Esta cláusula establece que a los inversionistas extranjeros protegidos por un AI se les debe garantizar un tratamiento no menos favorable que aquel otorgado en situaciones semejantes a inversionistas provenientes de un tercer Estado¹⁷³.

Se ha suscitado un debate respecto de si esta cláusula se aplica solo frente a beneficios sustanciales o también procesales concedidos a un tercer Estado a través de un AI¹⁷⁴. La cuestión que se plantea es si un inversionista a través de un AI que contiene la cláusula de nación más favorecida podría llegar a beneficiarse de las disposiciones de otro AI celebrado por el país receptor de la inversión con un tercer Estado y que contenga disposiciones más laxas en asuntos de carácter procedimental, como por ejemplo que no imponga el requisito de agotamiento de recursos internos ante autoridades judiciales nacionales para así poder acudir a la jurisdicción del CIADI.

El debate se planteó en el caso *Emilio Agustín Maffezini v. España*, el tribunal falló en el año 2000 y desde ese entonces abrió la discusión acerca de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida en asuntos procesales. La demanda de *Emilio Agustín Maffezini* se fundamenta en el TBI España – Argentina de 1991, la cláusula de nación más favorecida consagra en este TBI dispone que en *todas* las materias reguladas por el acuerdo el tratamiento no

¹⁷² Woss, Herfried. “Indemnización”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, p.279.

¹⁷³ Castro Peña, María Natalia. *Op. Cit.* p.45.

¹⁷⁴ McClure, Mike. “Most Favoured Nation Clauses – No favoured view on how they should be interpreted”

será menos favorable que el otorgado por cada parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país.

El tribunal en el caso *Maffezini* estableció que se podía usar la cláusula de nación más favorecida para obviar el requisito de procedibilidad que imponía el agotamiento de recursos internos ante autoridades locales antes de acudir al sistema CIADI, su razonamiento consistió en que la cláusula de nación más favorecida consagrada en el acuerdo tenía una formulación amplia y al referirse “*a todas las materias regidas por el presente acuerdo*” incluía los temas procesales entre los cuales se encuentra por supuesto el relacionado con el agotamiento de recursos internos ante autoridades locales.

2.6 COMENTARIOS FINALES RESPECTO DE LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES

En conclusión tenemos que este tipo de cláusulas que están presentes dentro de casi todos los All no poseen ningún elemento que nos permita inferir que la IED este atada a las metas de desarrollo y bienestar de los países receptores de la inversión,

La solución que ha intentado implementar el Estado para protegerse de las amplias interpretaciones que los tribunales de arbitramento hacen de estos estándares, ha sido incluir notas interpretativas dentro de los acuerdos, como las que se proponen en las sentencias C-252 y C-254 del 2019, esto con el fin de aclarar el contenido de ciertas disposiciones que, como estas, suelen ser ambiguas. Sin embargo, esta solución a pesar de representar un avance de la Corte Constitucional en lo que respecta al control de constitucionalidad de los All desafortunadamente sigue siendo limitada, pues las notas interpretativas no tienen un carácter vinculante para los árbitros al momento de solucionar las controversias, sino que simplemente constituyen un criterio

más de interpretación que no cambia de ninguna manera las obligaciones internacionales contenidas en los tratados.

3. RELACIÓN ENTRE LA SUSCRIPCIÓN DE AII Y LA ATRACCIÓN DE IED

Tal como se señaló en los capítulos primero y segundo, gran parte de los países en vías de desarrollo celebran AII con el fin de atraer IED, tradicionalmente vista como generadora de beneficios y externalidades positivas tales como: transferencia tecnológica, aumento de productividad, ingreso de divisas para cubrir el déficit en cuenta corriente, déficit al que contribuye precisamente la fuga de capital de retorno de la IED al país de origen, entre otros beneficios que apuntan en síntesis, al crecimiento económico, generación de riqueza y bienestar social. Correlativamente, el país exportador de inversión, busca a través de los AII, proteger las inversiones de sus nacionales y garantizar un flujo de retorno de dichas inversiones.

A estas necesidades, particularmente las de los países receptores en vías de desarrollo, debe responderse que, como ya se expuso, la IED no es propiamente un factor determinante de crecimiento económico, y no necesariamente genera las esperadas externalidades positivas en el Estado receptor. Por el contrario, la IED mal focalizada ocasiona grandes estragos sociales, ambientales, e incluso económicos. Esto se agrava por el hecho de que el Estado receptor suele conceder cuantiosas ventajas a la IED, en materias tributarias, laborales, y cambiarias, que no reportan ventajas conmutativas al país destino de la inversión.

Igualmente se expuso anteriormente, que la IED no atrae el crecimiento económico, sino que, al contrario, es el crecimiento del PIB el que actúa como el impulsor de la inversión extranjera. Ello aunado a otros factores tales como

los precios internacionales de los *commodities* objeto de industrias minero-petroleras, y la posibilidad de acceder al mercado interno del receptor.

Puede ampliarse la anterior conclusión en el sentido de que, la suscripción de All con mecanismos de resolución de controversias inversionista-Estado, tampoco resulta ser una variable fundamental para el monto de IED que recibe determinado país. Esto se comprueba en cifras, de manera contundente, en el caso de Brasil, país que no participa del régimen de resolución de controversias inversionista-Estado ni suscribió el Convenio CIADI y que recibe el mayor flujo de IED en la región.

Tabla 6: Países de América Latina con mayor entrada de IED durante el 2017

PAÍS	IED (ENTRADA NETA DE CAPITAL) – AÑO 2017
Brasil	70.685
México	32.127
Colombia	14.013
Argentina	11.517
Perú	6.769
Chile	6.419
Panamá	6.066
República Dominicana	3.597

*Cifras en millones de USD

Fuente: *Elaboración propia en base a datos proporcionados por el Banco Mundial*¹⁷⁵.

Un estudio de la Escuela de Economía y Finanzas de la Universidad EAFIT del año 2015 demostró que los All no tienen influencia directa sobre los flujos de IED que ingresan a América Latina¹⁷⁶, por el contrario, el estudio llegó a la misma conclusión tratada anteriormente, esto es, que otras variables como la

¹⁷⁵ <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?view=chat>

¹⁷⁶ Dávila Barragán, Jimena Alejandra y Orozco Jaramillo, Camilo. *Efecto de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos Comerciales y Tratados Bilaterales de Inversión sobre los Flujos de Inversión Extranjera Directa: Un Análisis para América Latina entre 2001-2014*, Medellín, Universidad EAFIT, 2015, p.1.

población, el PIB, el PIB per cápita y el tamaño del país, eran las que tenían un impacto positivo sobre la atracción de IED¹⁷⁷.

Frente a este punto dos de los casos que llaman especialmente la atención en la región son los de Bolivia y Ecuador, se procederá entonces a analizarlos, entendiendo sus particularidades, como referentes interesantes e importantes para Colombia.

3.1 BOLIVIA

El gobierno de Evo Morales denunció el Convenio CIADI el 2 de mayo de 2007¹⁷⁸ de conformidad con el artículo 71 del Convenio¹⁷⁹ y al mismo tiempo incorporó expresamente dentro de la Constitución Boliviana el rechazo al uso del arbitraje internacional de inversiones en el ámbito de los contratos relativos a hidrocarburos¹⁸⁰.

Aunado a lo anterior el Estado Boliviano también expresó su intención de renegociar 22 de los 23 tratados bilaterales de inversión de los cuales formaba parte bajo parámetros que incluyeran el interés mutuo del inversionista privado y del Estado¹⁸¹.

Así mismo la ley de inversiones boliviana, Ley 516 del año 2014, señala que las inversiones establecidas en el país quedarán sujetas a la jurisdicción y a

¹⁷⁷ *Ibidem*

¹⁷⁸ La denuncia de Bolivia entró en vigor a partir del 3 de noviembre de 2007.

¹⁷⁹ Este artículo establece que todo Estado contratante podrá denunciar el Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo y que dicha denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de la notificación.

¹⁸⁰ El artículo 366 de la Constitución de Bolivia establece: *“Todas las empresas extranjeras que realicen actividades en la cadena productiva hidrocarburífera en nombre y representación del Estado estarán sometidas a la soberanía del Estado, a la dependencia de las leyes y de las autoridades del Estado. No reconocerá en ningún caso tribunal ni jurisdicción extranjera y no podrá invocar situación excepcional alguna de arbitraje internacional, ni recurrir a reclamaciones diplomáticas”*

¹⁸¹ Frutos Peterson, Claudia. “El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos en el arbitraje de inversión”, *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º12, enero-junio, Bogotá, 2010, p. 32

las leyes de las autoridades bolivianas, algunas de las disposiciones más relevantes de esta ley son las siguientes:

El artículo tercero consagra un listado de principios bajo los cuales se deben regir las inversiones que se realicen en el país, tres de ellos llaman especialmente la atención:

1. Soberanía y dignidad: el Estado es el promotor y protagonista del desarrollo económico y social del país, por lo tanto será el encargado de determinar en qué sectores de la economía nacional se permitirán las inversiones extranjeras y estas solo serán permitidas en la medida en que impulsen el desarrollo nacional, contribuyan a la erradicación de la pobreza y a la reducción de desigualdades económicas y sociales del país¹⁸².

2. Madre Tierra: Las inversiones que se realicen en el país deben garantizar la sostenibilidad ambiental y el respeto por la biodiversidad, la actividad económica se debe desarrollar en armonía y equilibrio con la Madre Tierra¹⁸³.

3. Priorización: La inversión nacional se prioriza sobre la extranjera como un mecanismo de fortalecimiento del aparato productivo nacional y de la oferta de bienes y servicios¹⁸⁴.

En el artículo séptimo se señala que la inversión siempre debe ir acompañada de compromiso social, lo cual implica que debe contribuir al crecimiento económico y social del país y al fortalecimiento de su independencia económica.

¹⁸² Literal *a* del artículo tercero de la Ley 516 de 2014.

¹⁸³ Literal *f* del artículo tercero de la Ley 516 de 2014.

¹⁸⁴ Literal *h* del artículo tercero de la Ley 516 de 2014.

Respecto a la transferencia tecnológica el artículo 14 establece que una vez el inversionista termine el desarrollo de su proyecto de inversión en el Estado Boliviano deberá transmitir:

1. Capacidades y destrezas al personal boliviano proveniente de institutos técnicos institutos tecnológicos, escuelas superiores tecnológicas y universidades del Sistema Educativo Plurinacional, en las áreas técnicas que desarrolla la inversión¹⁸⁵.

2. Maquinaria y equipo de vanguardia tecnológica a institutos técnicos, institutos tecnológicos, escuelas superiores tecnológicas, universidades del Sistema Educativo Plurinacional y entidades públicas vinculadas al área de inversión¹⁸⁶.

Finalmente el artículo 22 dispone que los proyectos de inversión deben garantizar generación de empleo en condiciones laborales dignas.

La ley de inversiones boliviana representa una ruptura frente al contenido que tradicionalmente han manejado las legislaciones de la mayor parte de los países de la región en materia de inversión, son varios los estándares y postulados establecidos en esta ley que están ausentes en la ley de inversiones colombiana Ley 9 de 1991, solo por mencionar un par de ejemplos lo concerniente a la transferencia tecnológica no está regulado en nuestra legislación y contrario sensu a lo que establece Bolivia respecto de la prevalencia de la inversión nacional sobre la extranjera nuestra ley concedió el trato nacional para los inversores extranjeros.

La adopción de esta serie de medidas abiertamente contrarias al arbitraje internacional de inversiones no desestimularon el flujo de inversión en el país sino que por el contrario a partir del año 2009 se reportó un vertiginoso

¹⁸⁵ Numeral primero literal *a* del artículo 14 de la Ley 516 de 2014.

¹⁸⁶ Numeral primero literal *b* del artículo 14 de la Ley 516 de 2014.

ascenso de la IED llegando a alcanzar en el año 2013 la suma 1.750 millones de dólares, la más alta reportada en toda la historia republicana de Bolivia¹⁸⁷.

Ilustración 5: IED en Bolivia entre los años 1970-2017



Fuente: Banco Mundial, criterio de búsqueda: “Bolivia” “Inversión extranjera directa, entrada neta de capital (balanza de pagos, US\$ a precios actuales)”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Cifras del Banco Mundial; disponibles en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=BO&view=chart>

¹⁸⁸ <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=BO&view=chart>

3.2 ECUADOR

El Estado Ecuatoriano denunció el Convenio CIADI el 6 de julio de 2009¹⁸⁹. De conformidad con el Convenio, la denuncia surtió efectos a partir del 7 de enero de 2010. En esta misma línea la Constitución del Ecuador busco limitar la celebración de All con mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado¹⁹⁰.

A partir del año 2007 Ecuador cambio su política en relación con la inversión extranjera, el gobierno de aquel entonces se opuso a los “capitales golondrina” y estableció mayores regulaciones para la IED con el fin de garantizar que efectivamente se generarán beneficios para el país con el ingreso de los capitales foráneos. Así mismo la IED dejó de ser la variable principal del crecimiento económico y paso a ser un mecanismo subsidiario y complementario para el desarrollo de la economía nacional¹⁹¹.

Algunos de las decisiones judiciales y cambios legislativos que se dieron con este cambio de política en materia de IED fueron los siguientes: la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 8 y 9 de los All con Francia y Suecia en el 2011, una modificación al artículo 339 de la Constitución con el que se otorgó prevalencia a la inversión nacional frente a la extranjera y la ya mencionada reforma al artículo 442 de la Constitución que señala que el país no puede estar sujeto a arbitrajes internacionales en caso de controversias

¹⁸⁹ Ecuador deja el Ciadi pero las demandas continuarán, 16 de junio de 2019; disponible en: <https://www.iprofesional.com/notas/83422-Ecuador-deja-el-CIADI-pero-las-demandas-conti-nuaran>

¹⁹⁰ Artículo 422 de la Constitución ecuatoriana de 2008 “*No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”

¹⁹¹ Córdova, Ana Consuelo; Espín, Jéssica Alexandra & López, Gonzalo Efraín. “Inversión extranjera directa: su incidencia en la tasa de empleo del Ecuador”, *Retos*, n°12, 2016, p. 217.

contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas¹⁹².

En el año 2007 el Banco Central del Ecuador realizó un estudio pormenorizado de los 26 TBI que en su momento tenía el Ecuador vigentes. De ese estudio económico se concluyó que 8 de esos tratados no habían atraído ningún tipo de inversión de capital por parte de los socios con los que se había negociado y que no existía tampoco ninguna inversión del Ecuador en esos Estados. Esto llevo a que en el año 2008 el gobierno ecuatoriano denunciara dichos tratados y solamente 16 de ellos quedaran vigentes.

Posteriormente, el 16 de mayo de 2017, el Estado Ecuatoriano denunció los 16 TBI restantes siguiendo las recomendaciones de CAITISA¹⁹³, una comisión de auditoría compuesta por funcionarios públicos, académicos, abogados y grupos de la sociedad civil que examinaron los TBI del Ecuador entre 2013 y 2015¹⁹⁴.

Cecilia Olivet presidenta de CAITISA señaló: *“el proceso de auditoría reveló que estos tratados no solo no pudieron atraer más inversiones o propiciar el plan de desarrollo del país, sino que también desviaron millones de dólares del dinero público para defenderse en costos juicios”*¹⁹⁵

¹⁹² Recalde Reyes, Paola Miosotis. “La influencia de las políticas económicas en la inversión extranjera directa en el Ecuador en el periodo 2007-2011”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2013, p.8.

¹⁹³ Informe Ejecutivo. Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador, Quito, mayo de 2017; disponible en: <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>

¹⁹⁴ Ecuador denuncia sus 16 TBIs restantes y publica informe de auditoría CAITISA. *Investment Treaty News*. 12 de junio de 2017; disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>

¹⁹⁵ *Ibidem*.

Al igual que como sucedió en el caso boliviano, la adopción de medidas alternativas frente al arbitraje internacional de inversiones no desestimularon los flujos de IED sino que los mismos se mantuvieron estables e inclusive incrementaron. En 2010 la IED en el Ecuador fue de 165 millones de dólares, en el 2011 paso a ser de 644 millones dólares y en el 2015 alcanzó la cifra 1.322 millones de dólares, la más alta en la historia del Ecuador¹⁹⁶.

Ilustración 6: IED en Ecuador entre los años 1976-2017



Fuente: Banco Mundial, criterio de búsqueda: “Ecuador” “Inversión extranjera directa, entrada neta de capital (balanza de pagos, US\$ a precios actuales)”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Cifras del Banco Mundial; disponibles en: <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=EC&view=chart>

¹⁹⁷ <https://datos.bancomundial.org/indicador/BX.KLT.DINV.CD.WD?locations=EC&view=chart>

Así mismo la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, señaló en un informe del año 2009 que *“la existencia de un TBI no es en absoluto el único determinante que influye en que la IED se produzca o no. Pueden ser mucho más importantes otros factores, como el atractivo económico del país receptor, el tamaño de su mercado, su mano de obra o sus recursos naturales”*¹⁹⁸.

4. OTRAS TENDENCIAS

El Estado Colombiano ha recibido diez demandas en el sistema, cifra que contrasta diametralmente con el número de demandas que los inversionistas colombianos han podido instaurar ante el mismo, en el CIADI solamente hay registrada una demanda por parte de un inversionista colombiano y está dirigida contra otro país de la región¹⁹⁹. La tendencia en el sistema es que los inversionistas de los países del sur no suelen demandar a las naciones más desarrolladas y de ingresos altos, sin embargo cuando esto ha sucedido los laudos casi siempre terminan absolviendo a los Estados, por ejemplo Estados Unidos ha sido demandado en seis oportunidades en el sistema y en ninguno de los casos ha sido condenado²⁰⁰.

Resulta importante señalar que el 91% de los inversionistas demandantes en el sistema provienen de países con un gran nivel de desarrollo económico como Canadá, Alemania, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, entre otros, lo que contrasta con un reducido 6% equivalente al número de inversionistas

¹⁹⁸ “El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo”, UNCTAD, 2009; disponible en: https://unctad.org/es/Docs/diaeia20095_sp.pdf

¹⁹⁹ Caso Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos vs Chile

²⁰⁰ Información disponible en la página del CIADI <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx> Criterio de búsqueda: “base de datos de casos”, “nacionalidad del demandado”.

demandantes originarios de países en vía de desarrollo, entre los que se encuentran los inversores latinoamericanos²⁰¹.

Otra de las tendencias que es posible evidenciar es la relación directamente proporcional que existe entre el número de All vigentes en un país y el número de demandas que recibe en el sistema, los países que han suscrito el mayor número de All son así mismo los más demandados ante el CIADI, así lo demuestran los casos de Argentina, Perú y México, quienes están entre los 4 países más demandados de la región y hacen parte del grupo de países que más All han suscrito.

Tabla 7: All's vigentes y demandas recibidas en el CIADI

País	Número de All vigentes	Número de demandas recibidas en el sistema
Argentina	62	56
Perú	50	22
México	44	22

Fuente: Elaboración Grupo de Investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI y los ministerios de cada país.

Así las cosas, sí es claro que un mayor número de All aumenta el riesgo de sufrir demandas, puede evidenciarse que, el hecho de que el Estado colombiano no hubiese recibido ninguna demanda en el sistema CIADI hasta marzo del 2016, no obedece a una eficaz estrategia de prevención de controversias de inversión por parte de los últimos gobiernos, sino que en buena medida responde a que la entrada en vigencia de varios de los All que celebró Colombia fue tardía respecto de los demás países de la región.

²⁰¹ Zabalo, Patxi. "América Latina ante las demandas inversor-Estado", *Revista de Economía Mundial*, n°31, mayo-agosto, Huelva, 2012, p.264.

5. EN BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS

5.1 RENEGOCIACIÓN DE AII VIGENTES

Gran parte del contenido de los AII es abiertamente contrario a varias de las disposiciones de nuestra Constitución Política. Este fenómeno responde en buena medida a que durante varios años el control de constitucionalidad ejercido por la Corte sobre los acuerdos fue bastante precario. En la mayoría de los acuerdos es posible identificar una prevalencia de los derechos e intereses de los inversionistas sobre importantes bienes jurídicos constitucionales del Estado Colombiano como el medio ambiente, los derechos de los pueblos indígenas, los derechos humanos, entre muchos otros más, ante tal situación la Corte ni siquiera había planteado la necesidad de que se introdujeran reservas o declaraciones interpretativas en los tratados para brindarle una mayor protección a los bienes jurídicos constitucionales contenidos en nuestra Carta Política.

Correa Henao menciona que durante los 27 años de existencia de la Corte Constitucional, el ejercicio de la competencia del control de constitucionalidad frente a los AII se ha orientado por el criterio de la autorrestricción, “*de modo que la casi totalidad de los tratados y sus leyes aprobatorias revisados, se han declarado constitucionales, por deferencia con el poder presidencial y por aplicar un juicio particularmente leve*”²⁰².

Estos juicios laxos y de poca profundidad que ha realizado la Corte han llevado a que los acuerdos entren a formar parte del derecho interno y se genere un

²⁰² Correa Henao, Magdalena “TBI, ruptura y recomposición del orden constitucional”, *Ámbito jurídico*, 28 de agosto de 2019; disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/etcetera/relaciones-exteriores-e-internacional/tbi-ruptura-y-recomposicion-del-orden>

constante choque entre las normas constitucionales y las disposiciones de los AIJ, analizaremos dos ejemplos de esto:

- La constitución económica y la libre competencia:

Tal como lo señala *Rivas Ramírez*, los estándares de trato nacional y de nación más favorecida que se encuentran consagrados en varios de los acuerdos, entran en tensión con la constitución económica y con la libertad de competencia que contempla nuestro artículo 333 constitucional²⁰³. Estos estándares otorgan una serie de ventajas para los inversores extranjeros mientras que no contemplan ningún beneficio similar para los inversores nacionales, estas condiciones asimétricas de competencia pueden conducir a que los empresarios locales se vean obligados a salir del mercado y se generen monopolios en diversos sectores de la economía que terminen controlando los inversionistas foráneos²⁰⁴.

- El derecho a la salud y la vida:

Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco plantean que el TLC con Estados Unidos vulnera los derechos a la vida y a la salud consagrados en los artículos 11 y 49 de la Constitución, el tratado agrava la situación del acceso de la población colombiana a los medicamentos, ya que las normas de propiedad intelectual contenidas en este acuerdo producen un aumento en los precios de los medicamentos, lo que al mismo tiempo genera un mayor gasto, y por lo tanto una menor capacidad del Estado para garantizar el acceso a los medicamentos y de los ciudadanos para adquirirlos por su cuenta²⁰⁵.

Ante este panorama se hace necesario que el Estado tome la decisión de renegociar estos acuerdos, si bien es cierto que buena parte de los

²⁰³ Rivas Ramírez, Daniel. *Op. Cit.* p.55.

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 55.

²⁰⁵ Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana “¿Es constitucional el TLC?”, *Derechos y Economía – Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas Dejusticia*, n.º1, enero-marzo, Bogotá, 2007, p.5.

negociadores de los AII no negociaron los tratados de acuerdo con el parámetro de conveniencia nacional que consagra el artículo 227 de la Constitución, que el Congreso al aprobar este tipo de acuerdos ha actuado sin rigor deliberativo y de manera irresponsable y que el juez constitucional hasta hace muy poco empezó a ejercer un mayor control sobre los tratados, resulta imperioso que los próximos gobiernos renegocien los acuerdos suscritos para preservar y defender los intereses y derechos de la inmensa mayoría de los colombianos.

5.2 UN NUEVO CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LOS AII

La sentencia C-252 de 2019 marcó un cambio de precedente respecto al control de constitucionalidad de los AII, antes de la expedición de esta sentencia el control de los tratados se enmarcaba en una revisión del cumplimiento de los requisitos de procedimiento y en una comparación del contenido de los tratados con las disposiciones constitucionales²⁰⁶, una vez se emite la sentencia la Corte empieza a hacer alusión al alcance que las cláusulas de protección a las inversiones podrían tener en la solución de controversias por parte de los árbitros²⁰⁷.

En la sentencia la Corte establece en el resolutivo octavo una advertencia al Presidente de la República relativa a que si en ejercicio de su competencia decide ratificar el TBI con Francia debe adelantar las gestiones que resulten necesarias para efectos de que se adopte una declaración interpretativa conjunta con el representante de la República francesa respecto de los condicionamientos dispuestos por la Corte.

²⁰⁶ Suárez Ricaurte, Federico “Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: cambio de precedente en el control a los TBI”, *Investment Treaty News*, septiembre de 2019; disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>

²⁰⁷ *Ibidem*.

Esta decisión constituye un importante avance en torno a lo que debe ser el control de constitucionalidad respecto de los AIJ. Los condicionamientos que se desprenden de la decisión deben seguir siendo aplicados sobre futuros acuerdos que se negocien.

5.3 OTROS MECANISMOS Y ESCENARIOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO

En los últimos años varios países han adoptado modelos de resolución de controversias inversionista-Estado distintos al arbitraje CIADI, en este apartado se estudiarán algunos de los casos más llamativos

5.3.1 Ecuador y el proyecto de resolución de controversias de UNASUR

El caso ecuatoriano es uno de los más interesantes por su gran carácter propositivo, el Estado empezó a firmar contratos de inversión dejando a un lado los AIJ y al mismo tiempo empezó a promover la creación y el fortalecimiento de sistemas regionales de solución de controversias en el arbitraje de inversión de tal modo que en el año 2012 presentó el proyecto de resolución de controversias de UNASUR como una alternativa al arbitraje CIADI²⁰⁸.

Este proyecto representa una estructura alternativa de legitimidad regional soberana, independiente e imparcial, su construcción aún está en proceso y todavía existen varias discusiones que no se han resuelto en torno a su funcionamiento y estructura, como por ejemplo si este sería un sistema multilateral o regional, es decir, si el centro solo conocería de controversias en que sea parte alguno de los Estados de la región o si por el contrario podría

²⁰⁸ Ecuador constituirá en corto plazo el Centro de Solución de Controversias de UNASUR. Ministerio de relaciones exteriores y movilidad humana del Ecuador; disponible en: <https://www.cancilleria.gob.ec/ecuador-constituira-en-corto-plazo-el-centro-de-solucion-de-controversias-de-unasur/>

conocer de controversias en que estén involucrados Estados que no hagan parte de UNASUR²⁰⁹.

5.3.2 La experiencia brasileña de los ACFIS

La experiencia de Brasil ha sido de apartarse por completo de la suscripción de All. Pese a que el país firmó 14 TBIs tradicionales entre 1994 y 1999, estos nunca fueron aprobados por el Congreso Nacional, por considerar que el régimen de arbitraje inversionista – Estado limita el derecho a regular de los gobiernos puesto que otorga inmensos beneficios a los inversionistas extranjeros²¹⁰, por tal razón la nación sudamericana optó por la firma de acuerdos de cooperación y facilitación de las inversiones (ACFIs) en donde se buscan mecanismos alternativos de resolución de controversias para solucionar los conflictos de inversiones.

Los ACFIs establecen que cada Estado parte debe crear un mecanismo centralizado (Ombudsman o Punto Focal) para recibir inquietudes y reclamos de los inversores²¹¹. El Ombudsman analiza los reclamos y preguntas y, en coordinación con las entidades públicas a través de procedimientos expeditos, brinda una respuesta o solución al inversor²¹², en caso de que esta etapa no prospere se realiza un arbitraje Estado-Estado.

5.3.3 El CETA

En el año 2016 Canadá y la Unión Europea suscribieron el CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) un Acuerdo Económico

²⁰⁹ Expertos de UNASUR avanzan en la Creación del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones; disponible en: <http://www.unasursg.org/es/node/721>

²¹⁰ Vieira Martins, José Henrique “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y últimos avances”, Investment Treaty News, 12 de junio de 2017; disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/brazils-cooperation-facilitation-investment-agreements-cfia-recent-developments-jose-henrique-vieira-martins/>

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² *Ibidem*.

Comercial Global cuyo objetivo consiste en “impulsar el intercambio de bienes y servicios y el flujo bilateral de inversiones” y que en su capítulo octavo consagra la creación de un tribunal permanente encargado de solucionar las controversias relativas a inversiones sin los límites del sistema normativo cerrado y autorreferenciado del CIADI²¹³ se trata entonces de un tribunal que decidirá no solamente en base al contenido de los AIJ y al derecho internacional de las inversiones sino que también tendrá en cuenta otras normas de derecho internacional público sobre medio ambiente, derechos humanos, entre otros²¹⁴.

El tribunal permanente creado por el CETA tiene dos instancias, la segunda instancia puede conocer del fondo de los laudos dictados en primera instancia cuando estos son apelados por cualquiera de las siguientes causales: indebida interpretación de la ley (incluyendo la ley nacional del Estado receptor), indebida interpretación de los hechos y por las causales de anulación establecidas en el artículo 52 del Convenio CIADI²¹⁵.

6. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

En este capítulo se expusieron una serie de elementos que buscaron demostrar que el CIADI no es un escenario neutral e imparcial para la resolución de conflictos inversionista-Estado, pues tal como lo señala el profesor *Vela Orbeagozo*:

“Los Estados van a perder sistemáticamente porque en el sistema del CIADI, (...) valen más los paradigmas de la racionalidad

²¹³ Vela Orbeagozo, Bernardo. *Op. Cit.* p. 203.

²¹⁴ *Ibíd.* p.203.

²¹⁵ Las causales de anulación que establece el artículo son las siguientes: (a) que el tribunal se hubiere constituido incorrectamente; (b) que el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades; (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal; (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

*económica prevaleciente que los intereses de los Estados y los intereses de la comunidad internacional.*²¹⁶

De acuerdo con esto, es válido cuestionar si el Estado colombiano podría empezar a tomar ciertas medidas para transformar ese escenario y diseñar una política que sea más justa y tenga en cuenta el criterio de conveniencia nacional, medidas como por ejemplo renegociar los All vigentes, continuar aplicando el control de constitucionalidad de las sentencias C-252 y C-254 de 2019 sobre futuros acuerdos y la adopción de otros mecanismos distintos al arbitraje de inversión para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado representarían sin duda un gran avance.

²¹⁶ Vela Orbezo, Bernardo. *Op. Cit.* p 232.

CAPÍTULO IV. EL CASO ECO ORO MINERALS CORP VS COLOMBIA

Uno de los casos que merece especial atención fue la solicitud de arbitraje presentada por Eco Oro Minerals Corp para dirimir un pleito con el Estado Colombiano. La importancia de este caso radica en las consecuencias económicas y jurídicas que tendrá la resolución del mismo para el país, desde la perspectiva económica se deben tener en cuenta las exorbitantes pretensiones de la multinacional canadiense que se ubican entre los montos más altos de demandas contra el Estado Colombiano, por otro lado en el plano jurídico el laudo que se dicte marcará un precedente para posteriores decisiones que se adopten en casos semejantes que enfrenta la nación.

1. HECHOS

Eco Oro Minerals Corp, conocida como Greystar Resources Ltd. hasta el año 2007, es una sociedad constituida en Canadá, dedicada a la exploración y explotación de metales preciosos, que desde 1994 hace presencia en Colombia²¹⁷. Año en el cual se le adjudicó el permiso de explotación minera número 3452 que le otorgó derechos sobre el yacimiento de oro y plata Angostura, lo que dio inicio al desarrollo del “Proyecto Aurífero Angostura” (en adelante Proyecto Angostura) en la provincia de Soto Norte en el departamento de Santander. Es importante señalar que en ese momento no existía prohibición alguna para el ejercicio de la actividad minera en ese territorio, razón por la cual se desarrolló el proyecto en condiciones de normalidad, permitiéndole así a la compañía canadiense obtener durante los años subsiguientes diez títulos mineros en la zona, dos solicitudes de contrato

²¹⁷ Castro Peña, María Natalia. *Op. Cit.* p.51.

de concesión y una solicitud de licencia de exploración²¹⁸. En el año 2007 el permiso 3452 dio lugar a la concesión 3452, que cubre el yacimiento de oro Angostura por un periodo de 20 años, es decir, hasta 2027 y en todo caso prorrogable por 30 años, con esta concesión la empresa logra abarcar más de 5254 hectáreas para la exploración y explotación de plata, y principalmente, oro en este territorio²¹⁹.

Mediante la Ley 685 del año 2001 se expidió el Código de Minas y se empezaron a establecer regulaciones claras para el desarrollo de la actividad minera, sin embargo antes de su expedición y ante la ausencia de una normatividad clara sobre la materia, el gobierno colombiano buscó brindarle seguridad jurídica a los contratistas que se desempeñaban en este sector y por esa razón estableció que los contratos de concesión minera se regirían durante toda su existencia, e incluso sus prórrogas, por la ley que estuviese vigente al momento de su firma. Esto sin importar que con posterioridad cambiara la legislación a menos que esos cambios fuesen favorables para el contratista²²⁰. Lo anterior tiene relevancia en el caso de Eco Oro porque al momento de la firma del contrato de concesión 3452 no existía legislación que prohibiese la exploración o explotación minera en la zona en la que se estaba desarrollando el Proyecto Angostura y si bien el Código de Minas facultó al gobierno para que restringiera la explotación minera en zonas declaradas y delimitadas para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente²²¹, para ese momento no había asomo de una posible delimitación del que se conocería como Páramo de Santurbán y aún si hubiese existido esta no habría tenido ningún efecto teniendo en cuenta que el proyecto inició

²¹⁸ Eco Oro, Notificación de Intención para Someter una Reclamación a Arbitraje conforme el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá, 7 de marzo de 2016; disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C6086/DS10829_En.pdf

²¹⁹ Rivas Ramírez, Daniel. *Op. Cit.* p.93.

²²⁰ Artículo 46 de la ley 685 de 2001.

²²¹ Artículo 34 de la ley 685 de 2001.

antes de la entrada en vigencia del Código y estaba amparado por el régimen de transición consagrado en el artículo 46.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 sentó las bases a partir de la cual iniciaron los cambios legislativos frente a la exploración y explotación minera. La ley 1450 de 2011 en su artículo 202 reiteró la prohibición de la explotación minera en zonas de páramos²²², sin embargo hasta ese momento no se había iniciado la delimitación de las áreas de páramos, así que mediante esta ley se le ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que realizara la delimitación de los páramos en el territorio nacional con la finalidad de tener certeza respecto de las zonas en las cuales operaría dicha prohibición. El Ministerio tardó más de tres años delimitando los páramos, entre ellos el de Santurbán.

El 27 de agosto de 2012 la Agencia Nacional Minera le negó a Eco Oro una prórroga de permiso para explotación relacionada con el contrato de concesión 3452, la Agencia consideró que el 54% de la zona para la cual se estaba solicitando la prórroga correspondía a una zona de páramo y por ende sólo prorrogó el permiso respecto el 46% restante. Ante dicha decisión Eco Oro interpuso recurso de reposición y le fue concedido en el sentido de prorrogarle la totalidad del permiso, pero en todo caso se le solicitó que se abstuviera de realizar actividades de explotación minera en ese territorio hasta que el Ministerio de Ambiente realizará la delimitación de las zonas de páramo.

Se hacía más claro para ese momento la urgencia de la delimitación de las zonas de páramos, tanto así que en enero del año 2013 la autoridad regional encargada de la gestión y conservación del medio ambiente que tenía jurisdicción en la zona donde se ejecutaba el Proyecto Angostura, la

²²² Paradójicamente el gobierno de Juan Manuel Santos declaró el Proyecto Angostura de interés público en el año 2011 y reiteró dicha declaratoria en mayo de 2013.

Corporación Autónoma Regional para la defensa de la Meseta de Bucaramanga (CDMB), delimitó el Parque Natural Regional del Páramo de Santurbán, dicha zona coincidía con gran área en la cual Eco Oro había estado realizando actividades mineras. Se basaron en un informe elaborado por el Instituto Alexander Von Humboldt, informe que según la minera canadiense no contaba con la precisión necesaria, ante lo cual la compañía decidió responder directamente al Ministerio de Ambiente con un informe que mostraba que el yacimiento Angostura se encuentra por fuera del ecosistema de páramo²²³.

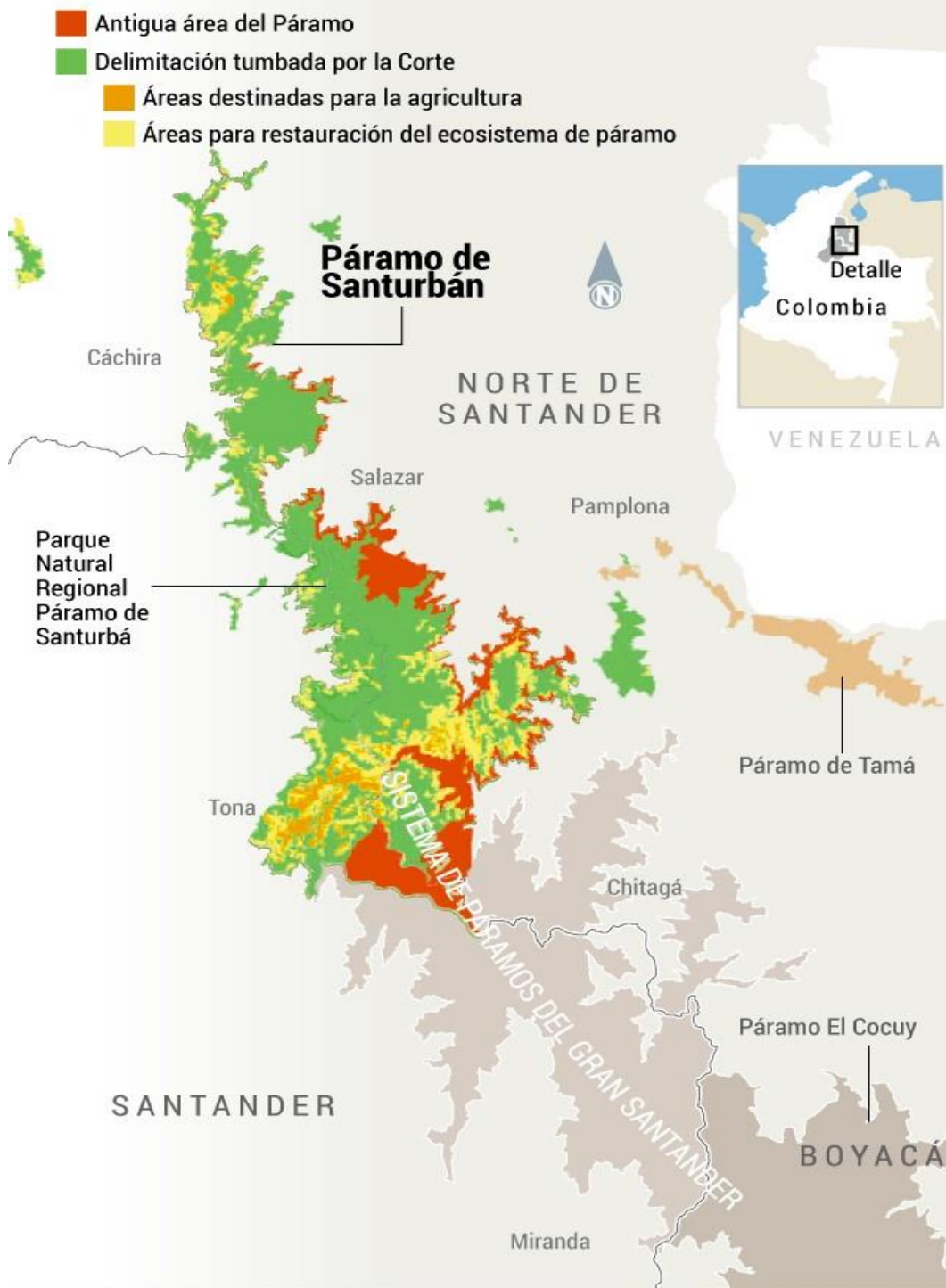
Hasta el año 2014, con la Resolución 2090 del 19 de diciembre, el Ministerio de Medio Ambiente finalmente delimitó la zona del Páramo de Santurbán con la finalidad de proteger 98.954 hectáreas de páramo y denominó unas zonas como de recuperación equivalentes a 25.287 hectáreas en las cuales se podía realizar minería por un determinado tiempo con unos permisos ambientales especiales que quedaron pendientes por determinar²²⁴. La delimitación del Páramo de Santurbán quedó trazada de la manera que aparece en el siguiente mapa:

²²³ Notificación de Intención de Arbitraje por parte de Eco Oro. *Op. Cit.*

²²⁴ Rodríguez Serrano, Marly & Rodríguez Serrano, Yurli Teresa. "Incidencias de la Resolución No. 2090 de 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, frente a los derechos adquiridos de propietarios – caso Páramo de Santurbán", *Hipótesis Libre*, n°11, Cúcuta, 2015.

Ilustración 7: Mapa del Páramo de Santurbán

Nueva área del Páramo de Santurbán



Fuente: Corporación Autónoma Regional de Norte de Santander (Corponor)

La ley 1753 de junio de 2015 por medio de la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 mantuvo la regla general sobre la prohibición de actividades mineras en zonas de páramos²²⁵. Sin embargo estableció una excepción frente a las concesiones o licencias ambientales para actividades de minería otorgadas con anterioridad al 9 de febrero de 2010, las cuales podrían seguir ejecutándose hasta su terminación a pesar de encontrarse en zonas de páramos delimitadas, lo anterior bajo el control, seguimiento y revisión de las autoridades mineras y ambientales y sin posibilidad de prórroga. Así mismo la ley dispuso que así se diese dicho escenario excepcional no habría lugar a él en dos supuestos:

1. En caso de que se hubiesen incumplido las condiciones originales del contrato, en este supuesto el título caducaría inmediatamente y se revocaría la licencia sin que hubiese lugar a ningún tipo de compensación²²⁶.
2. Cuando no fuese posible prevenir, mitigar o compensar los riesgos o daños que la actividad minera estuviere ocasionando sobre el medio ambiente²²⁷.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 173 de la ley 1753 de 2015 no hubiese sido obstáculo para que Eco Oro continuara desarrollando el Proyecto Angostura pues su concesión había sido otorgada antes del 9 de febrero de 2010, no había incumplido las condiciones originales del contrato y podría compensar económicamente los daños generados al medio ambiente. No obstante, el 8 de febrero de 2016 la Corte Constitucional dictó una sentencia hito: la C-035²²⁸ y declaró inexecutable la excepción a la prohibición de minería en zonas de páramos consagrada en el artículo 173 del Plan Nacional de

²²⁵ Artículo 173 de la ley 1753 de 2015.

²²⁶ Inciso segundo del párrafo primero del artículo 173 de la ley 1753 de 2015.

²²⁷ Inciso tercero del párrafo primero del artículo 173 de la ley 1753 de 2015.

²²⁸ Corte Constitucional de Colombia (CCC), Sentencia C-035 del 2016; disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-035-16.htm> [Sentencia]

Desarrollo, dándole prevalencia a la constitución ecológica por encima de los derechos adquiridos por inversionistas a través de concesiones y licencias para la explotación minera.

La Corte resaltó en la parte considerativa de la sentencia la importancia del ambiente sano al haber sido consagrado como un bien jurídico protegido en la Constitución de 1991, se analizó su relación con el desarrollo sostenible, concepto que fue definido en 1987 por la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo al decir que se trataba de *“aquel que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”*²²⁹ y concluyó que es haciendo uso de estas figuras que se logran un equilibrio entre *“el crecimiento económico, el bienestar social y la preservación de los recursos naturales”*²³⁰. Fue esa la postura que asumió el constituyente al consagrar en el artículo 80 de la Constitución Política de 1991 que el Estado *“planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”*.

Los ecosistemas de páramos son áreas de gran importancia ecológica, la Corte hace énfasis en la relevancia de los servicios ambientales que prestan como la regulación del ciclo hídrico al recolectar y proveer agua potable,

Es a partir de esta sentencia que se genera formalmente el conflicto con Eco Oro porque era claro que ya no podrían, bajo ningún supuesto, continuar con las actividades de exploración y explotación en el Páramo de Santurbán. Esto es lo que lleva a que el 7 de marzo de 2016 Eco Oro presente Notificación de Intención para someter la Reclamación a Arbitraje conforme el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá que se firmó el 21 de noviembre de

²²⁹ Sentencia, nota 183 *supra*, fundamento 129.

²³⁰ Sentencia, nota 183 *supra*, fundamento 129.

2008 y entró en vigencia el 15 de agosto de 2011, ésta notificación es presentada ante la dirección de inversión extranjera y servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

La compañía canadiense señala que Colombia ha incumplido con las obligaciones derivadas del TLC Canadá-Colombia específicamente en lo concerniente al capítulo octavo de inversiones. En primer lugar, considera que el Estado la ha privado de su derecho de ejecutar el Proyecto Angostura en el territorio que estaba permitido según el contrato de concesión 3452, lo que a su juicio equivale a una expropiación indirecta e ilegal en virtud del artículo 811 y el anexo 811 del Tratado²³¹. Por otro lado, alega que las autoridades colombianas no le proporcionaron seguridad jurídica a las inversiones realizadas por la sociedad, lo que configuró un trato injusto e inequitativo por parte de Colombia en violación del artículo 805 (1) del Tratado vulnerando así las expectativas legítimas de Eco Oro²³².

El 7 de marzo de 2016 Eco Oro presentó su notificación de intención de arbitraje ante el Presidente de la República, a partir de ese momento se dio inició a la etapa de arreglo directo o amistoso con el fin de llegar a un acuerdo con el inversionista que beneficiara a ambas partes y evitar un arbitraje ante el CIADI, sin embargo dicha etapa no prosperó y el 8 de diciembre de 2016 la trasnacional canadiense presentó formalmente la solicitud de arbitraje ante el CIADI²³³.

El 11 de septiembre de 2017 se constituyó el tribunal arbitral encargado de dirimir la controversia, el mismo quedó integrado por el argentino Horacio

²³¹ Eco Oro reclama a Colombia 764M en el arbitraje por la mina de Angostura. CIAR GLOBAL. 21 de marzo de 2018; disponible en: <http://ciarglobal.com/eco-oro-reclama-a-colombia-764m-en-el-arbitraje-por-la-mina-de-angostura/>

²³² *Ibidem*.

²³³ ICSID Case No. ARB/16/41; disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/41>

Grigera Naón designado por el inversionista, el franco británico Philippe Sands nombrado por el Estado Colombiano y la británica Juliet Blanch elegida por la Secretaria General del CIADI como presidenta del tribunal. Grigera trabajo en la Corporación Financiera Internacional (CFI) –organización que hace parte del Banco Mundial-²³⁴, fue abogado de la firma estadounidense especializada en arbitraje de inversiones White & Case²³⁵ y desde el 2005 forma parte de la lista de árbitros del CIADI, ha sido designado por inversionistas en 21 de las 27 controversias en las que ha sido árbitro²³⁶. Blanch ingresó a la lista de árbitros del CIADI en el 2016, desde entonces ha sido elegida como árbitro en 5 oportunidades, 3 de sus designaciones las han hecho inversionistas²³⁷. Sands integra la lista de árbitros del CIADI desde el 2005, ha sido elegido como árbitro por los Estados en 24 de las 32 controversias en las que ha actuado²³⁸. La composición del tribunal demuestra que existe una tendencia hacia la defensa y representación de los intereses de los inversionistas.

2. LA INTEGRACIÓN SISTÉMICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL APLICADA AL CASO SANTURBÁN

Uno de los temas que mayor discusión e interés suscita en el derecho internacional es el de la fragmentación, se trata de un campo recientemente estudiado y frente al cual algunos autores como Martti Koskenniemi avizoraban un panorama un tanto complejo e incierto, teniendo en cuenta que

²³⁴ Juris legal information – arbitration law; disponible en: <https://arbitrationlaw.com/profile/horacio-grigera-na%C3%B3n>

²³⁵ *Ibidem*

²³⁶ Árbitros, conciliadores y miembros de comités del CIADI; disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/arbitrators/ViewProfile.aspx?cvid=261>

²³⁷ Árbitros, conciliadores y miembros de comités del CIADI; disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/arbitrators/ViewProfile.aspx?cvid=2376>

²³⁸ Árbitros, conciliadores y miembros de comités del CIADI; disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/arbitrators/ViewProfile.aspx?cvid=515>

la fragmentación dificulta la efectividad y coherencia en el orden jurídico internacional²³⁹.

Si se quisiera dar una definición preliminar del concepto de fragmentación podría decirse que es la proliferación de regímenes auto-contenidos en el derecho internacional, tales como el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de las inversiones, el derecho internacional marítimo, el derecho internacional de la propiedad intelectual, el derecho internacional del medio ambiente, entre muchos otros más²⁴⁰. La existencia de tantos y tan variados regímenes genera problemas, más aún si se tiene en cuenta que se trata de regímenes que poseen distintos instrumentos internacionales y contienen diferentes obligaciones para los Estados.

En el derecho internacional de las inversiones y particularmente en el arbitraje de inversiones CIADI el argumento de la fragmentación ha sido utilizado reiteradamente por los tribunales ad hoc al momento de dictar los laudos, son varias las decisiones en las que los árbitros han manifestado que su fundamento normativo para decidir se encuentra única y exclusivamente en el contenido de los AI, razón por la cual desconocen normatividades e instrumentos de otros regímenes de derecho internacional que son igualmente vinculantes para el Estado receptor de la inversión, es decir, que no tienen en cuenta normas internacionales de derechos humanos, tratados sobre protección del medio ambiente, convenios para la protección de la salud, entre otros.

Si se analizan los AI que ha suscrito el Estado Colombiano la regla general es que en ellos no existe una prevalencia por la protección del medio ambiente,

²³⁹ Koskeniemi Martti. "Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law", Report of the Study Group of the International Law Commission.

²⁴⁰ Rodiles, Alejandro. "La fragmentación del derecho internacional ¿riesgos u oportunidades para México?", *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 9, enero 2009; disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542009000100012

los derechos humanos, las condiciones laborales dignas u otro tipo de bienes jurídicos constitucionales superiores, sino que por el contrario en ellos se le da mayor importancia a los derechos, intereses y expectativas de ganancias de los inversionistas.

Para evitar que el árbitro internacional se valga de la fragmentación para decidir casos como el de Santurbán se hace necesario acudir a la figura de la integración sistémica como mecanismo de defensa, esta figura establece que el árbitro no solamente debe tener en cuenta las normas del derecho internacional de las inversiones al momento de fallar sino que deberá también considerar las demás obligaciones internacionales que ha asumido el país receptor de la inversión en otras materias de derecho internacional²⁴¹.

En la sentencia C-035 de 2016 la Corte Constitucional hace referencia a las obligaciones internacionales que ha asumido el Estado frente a la protección del medio ambiente, entre las cuales se encuentran las contenidas en el Convenio de Diversidad Biológica (CDB)²⁴², este convenio hace referencia a las áreas protegidas y las define como *“un área definida geográficamente que haya sido designada o regulada y administrada a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación”*,

En virtud del CDB y de la especial protección que le ha otorgado la Constitución Política de 1991 al medio ambiente es que se ha dado un desarrollo legislativo dirigido a la protección de áreas de especial importancia ecológica como los páramos.

Si bien las normas de derecho interno no tiene mayor peso para los tribunales de arbitraje CIADI y en ese orden de ideas las disposiciones constitucionales

²⁴¹ Rivas Ramírez, Daniel. *Op. Cit.* p.165.

²⁴² Colombia es Parte del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), mediante la Ley 165 de 1994 y entró en vigor para el país el 26 de febrero de 1995.

que versan sobre la protección del medio ambiente no serían consideradas por los árbitros al momento de dirimir este caso, estos no deben dejar de lado los tratados internacionales que ha ratificado el país en materia ambiental y de protección de la biodiversidad y que también han servido de base para adoptar decisiones como la prohibición del desarrollo de actividades mineras en zonas de páramos.

El fundamento normativo de la integración sistémica se puede encontrar en el literal C del numeral tercero del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, esta disposición hace referencia a la interpretación de las normas de derecho internacional en un contexto normativo, esto implica que aún cuando las normas de un AI no contemplen de manera explícita asuntos como los derechos humanos o el medio ambiente estos deben tenerse en cuenta puesto que se ven afectados y existe un contexto normativo relevante para la resolución del caso, es decir, junto con el contexto deberán ser tenidas en cuenta cualesquiera normas de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes.

3. EL ARTÍCULO 815 DEL TLC CANADÁ-COLOMBIA

Como estrategia de defensa jurídica del Estado, para este caso en concreto, un sector de la doctrina ha propuesto respaldarse en el artículo 815 del TLC Canadá-Colombia, el cual dispone que una inversión no podrá fomentarse si esto implica desmejorar las condiciones medioambientales como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en el territorio de esa inversión²⁴³.

Artículo 815 -Medidas sobre Salud, Seguridad y Medio Ambiente- **“Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la**

²⁴³ Castro Peña, María Natalia. *Op. Cit.* p.52.

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

Sin embargo, el demandante podría responder señalando la existencia de una expropiación indirecta sin compensación alegando que su inversión estaba fundamentada en una expectativa legítima²⁴⁴ y que la expedición de títulos de exploración y explotación por parte del gobierno materializaban la adquisición de derechos ciertos que no podían ser desconocidos posteriormente.

4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

En este capítulo se revisaron los hechos que dieron lugar al inicio de la controversia entre *Eco Oro* y Colombia, vale la pena resaltar que la ausencia de una regulación clara y expresa frente al desarrollo de actividades extractivas en el territorio nacional y el otorgamiento indiscriminado de licencias de exploración y explotación minera por parte de diversas autoridades nacionales y regionales sin tener en cuenta la importancia ecológica de los territorios sobre los cuales se expedían estas licencias, llevaron a que varias empresas terminaran obteniendo permisos de explotación minera en zonas de importantísimo valor ambiental.

²⁴⁴ Castro Peña, María Natalia. *Op. Cit.* p.52.

La Corte Constitucional busca enmendar esta serie de errores y establece una prohibición definitiva para el desarrollo de actividades de minería en zonas de páramo, sin importar la fecha de otorgamiento de la licencia o el hecho de estar amparado por un régimen de transición. La decisión de la Corte Constitucional se fundamenta en la defensa de la Constitución ecológica y en dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia ambiental como el Convenio de Diversidad Biológica.

En este caso se presenta una colisión entre los intereses de los inversionistas que solicitan la protección de sus derechos adquiridos y el derecho al agua y a gozar de un medio ambiente sano para millones de ciudadanos. Es evidente entonces el choque entre el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente.

La estrategia de defensa jurídica en este caso debe orientarse a que el tribunal rompa con la fragmentariedad del derecho internacional y tenga en cuenta que la decisión de la Corte Constitucional se dio en cumplimiento de otras obligaciones de derecho internacional de mayor valor a la protección de los intereses de los inversores.

CONCLUSIONES

El paradigma de la IED como factor generador de externalidades positivas, ha sido seriamente cuestionado no solo desde el ámbito de la academia y la teoría económica, sino también desde la realidad de los países del Sur Global. Los indicadores económicos y sociales de los países latinoamericanos contrastan diametralmente con los supuestos beneficios que se derivarían del ingreso de capital foráneo en la región.

Puesta en tela de juicio la real utilidad de la IED como variable fundamental del desarrollo económico de los países receptores de la inversión, es necesario preguntarse si se deben seguir otorgando garantías jurídicas tan amplias para su protección, como las que por ejemplo se ofrecen a través de los AIJ con cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado.

La suscripción de este tipo de acuerdos, ha llevado a que durante los últimos años haya aumentado vertiginosamente el número de casos que enfrenta Colombia en el CIADI, esto responde en buena medida a que la política exterior del Estado en materia de derecho internacional de las inversiones presenta graves falencias que dan lugar a que se presente este fenómeno. Así mismo, con el incremento del número de casos en el sistema ha aumentado también el riesgo patrimonial para el Estado ante eventuales condenas, situación que es altamente preocupante teniendo en cuenta el difícil panorama económico y fiscal del país.

Sin duda alguna, los términos en los que están redactados los AIJ vigentes son la más importante fuente de demandas contra la nación, la amplitud y ambigüedad de varias de sus cláusulas, la ausencia de notas interpretativas y las enormes obligaciones que asume el Estado Colombiano con estándares

de protección a la inversiones como el trato nacional, la expropiación indirecta, el trato justo y equitativo, entre otros, son elementos de los que se valen los inversionistas para cada vez más demandar ante el CIADI.

Resulta imperioso entonces renegociar los AIJ vigentes, que la Corte Constitucional ejerza un control de constitucionalidad no solo de forma sino también de fondo, como el ya realizado en las sentencias C-252 y C-254 del 2019, sobre futuros acuerdos que se negocien y que se evalúe seriamente si el Estado debe seguir suscribiendo acuerdos con cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado o más bien debe buscar otros mecanismos para resolver los conflictos de inversión.

Así mismo, en el arbitraje CIADI se puede evidenciar una constante pugna entre la progresividad de los estándares de protección de los derechos humanos y los intereses particulares de los inversores. Debido a esta pugna entre intereses contrapuestos, deben tomarse medidas dirigidas a favorecer, como regla general, la prevalencia del interés del Estado sobre el interés del inversionista, pues es el primero el que se encuentra sujeto a los mandatos constitucionales de velar por el interés general de la población, promover la prosperidad de sus habitantes, y prevenir el deterioro ambiental, mientras que el segundo dirige su atención a la satisfacción de un interés económico particular.

El eventual retiro de Colombia del CIADI no necesariamente desestimulará la atracción de flujos de IED, pues como se demostró a lo largo de este trabajo son otras las variables que determinan el ingreso de la inversión a un país. Así mismo la IED debe dejar de ser vista como un factor indispensable para el crecimiento económico nacional y su papel debe ser complementario frente a otras formas de desarrollo económico como el fortalecimiento de la industria y

la agricultura del país, la innovación en ciencia y tecnología y el fortalecimiento del mercado interno.

En lo que tiene que ver con las demandas que ya ha recibido el Estado Colombiano en el sistema, debe hacerse uso de los mecanismos y herramientas jurídicas más idóneas que permitan desarrollar una buena defensa y eviten un laudo desfavorable para la nación.

Es por esto que para el caso de *Eco Oro vs Colombia* el Estado debería centrar su defensa principalmente de dos herramientas: la integración sistémica y el artículo 815 del TLC Canadá-Colombia, en lo que respecta a la primera se busca el árbitro internacional no falle únicamente de acuerdo al contenido de los All sino que tenga en cuenta otras normas de derecho internacional que también son vinculantes para los Estados como las regulaciones de derechos humanos y del medio ambiente, esta estrategia ha resultado efectiva en algunos casos como por ejemplo *Philip Morris vs Uruguay*. Frente a la segunda, el mencionado artículo establece que las inversiones no pueden ir en detrimento de los estándares medio ambientales, argumento que podría jugar a favor de los intereses del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

Abrams, David & Chen, Daniel “A market for justice: A first empirical look at third party litigation funding”. *University of Pennsylvania Journal on Business Law*, n°15, 2013.

Álvarez Ávila, Gabriela. “Las características del arbitraje CIADI”, *Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional*.

Anghie Antony; Koskenniemi Martti & Orford Anne. *Imperialismo y Derecho Internacional*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016.

Anzola Gil, Marcela. *El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: El caso de la inversión extranjera*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Bárcena, Alicia. “Lecciones aprendidas de la IED en América Latina y el Caribe”, presentación CEPAL, La Habana, 29 de abril de 2015.

Bohoslavsky, Juan Pablo & Bautista Justo, Juan. “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión de MERCOSUR*, n°5, marzo de 2015.

Burgos De la Ossa, María Angélica & Lozada Pimiento, Nicolás. “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n°15, julio-diciembre de 2009.

Cable, James. *Gunboat Diplomacy 1919–1991 Political Applications of Limited Naval Force*, Palgrave Macmillan, third edition, 1994.

Castro Peña, María Natalia. “El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión”, *Revista Derecho del Estado*, n°38, enero-junio, Bogotá, 2017.

Chang, Ha-Joon. ¿Qué fue del buen samaritano? Naciones ricas, políticas pobres, Barcelona, Intermón Oxfam, 2008.

Chen, Daniel “Can markets stimulate rights? On the alienability of legal claims”. *The RAND Journal of Economics*, n°46, 2015.

Córdova, Ana Consuelo; Espín, Jéssica Alexandra & López, Gonzalo Efraín. “Inversión extranjera directa: su incidencia en la tasa de empleo del Ecuador”, *Retos*, n°12, 2016.

Correa Henao, Magdalena “TBI, ruptura y recomposición del orden constitucional”, 2019.

Courtis, Christian El juego de los juristas. “Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, *Observar la ley: ensayos sobre la metodología de la investigación jurídica*, Madrid, editorial Trotta, 2006.

Dávila Barragán, Jimena Alejandra y Orozco Jaramillo, Camilo. *Efecto de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos Comerciales y Tratados Bilaterales de Inversión sobre los Flujos de Inversión Extranjera Directa: Un Análisis para América Latina entre 2001-2014*, Medellín, Universidad EAFIT, 2015.

De la Mora Sánchez, Luz María. “Políticas para la atracción de inversión extranjera directa como impulsora de la creación de capacidades locales y del cambio estructural – El caso de México, CEPAL” –, *Serie Desarrollo Productivo*, No. 216, Santiago, 2017.

Dugard, John “Artículos sobre protección diplomática”, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2013.

Encinas-Ferrer, Carlos; Villegas-Zermeño, Eddie. "Foreign direct investment and gross domestic product growth". International Conference On Applied Economics, Kazán, 2-4 de julio de 2015.

Eslava, Luis; Obregón, Liliana & Urueña, Rene. *Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): Ayer y Hoy*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016.

Estay Reyno, Jaime. "América Latina en la década de los ochenta", *Ensayos de Economía*, Volumen 2, Número 4, Medellín, 1991.

Fach Gómez, Katia. "Los tribunales arbitrales de inversiones internacionales: algunas reflexiones en torno al mecanismo de recusación de sus árbitros", AA. VV., Universidad Externado de Colombia, 2019.

Fach Gómez, Katia "Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 40, n°113, julio-diciembre, Medellín, 2010.

Frutos Peterson, Claudia. "El impacto de la participación de los Estados latinoamericanos en el arbitraje de inversión", *Revista Internacional de Arbitraje*, n.º12, enero-junio, Bogotá, 2010.

Gala, Paulo and Bresser-Pereira, Luiz Carlos. "Why foreign savings fail to cause growth", *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 27, n° 1 (105), January-March/2007.

Gallardo Ciro, Raúl Alberto. "El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia", *MISIÓN JURÍDICA Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n°7, enero-diciembre, Bogotá, 2014.

Garavito, Aarón; Iregui, Ana María & Ramírez, María Teresa. "Inversión Extranjera Directa en Colombia: Evolución reciente y marco normativo", *Borradores de Economía*, n°713, Bogotá, Banco de la República, 2012.

Goldenberg Peñafiel, Mónica & De la Cerda Olivos, Cristóbal. “Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera”, Universidad de Chile, 2007.

Gutiérrez Haces, María Teresa. “Entre la observancia de los acuerdos de protección a la inversión y el derecho a instrumentar políticas públicas de desarrollo en América Latina”, *¿Hacia dónde va América Latina respecto del Derecho internacional de las inversiones?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, diciembre de 2015.

Koskenniemi Martti. “Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, Report of the Study Group of the International Law Commission, Geneva, 2006.

Loungani, Prakash y Razin, Assaf. “¿Qué beneficios aporta la inversión extranjera directa?”, *Finanzas y Desarrollo – Revista del FMI*, Volumen 38, n°2, junio de 2001.

Montes de Oca Milán, Katia. “La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional público”, La Habana, 2011.

Moore, Jen & Pérez Rocha, Manuel. “Casino del extractivismo. Las empresas mineras apuestan con la vida de los pueblos y la soberanía de los países de América Latina usando el arbitraje supranacional”. Center for International Environmental Law.

Navarro, Francisco & Oglietti, Guillermo. Análisis de la Inversión Extranjera Directa en América Latina 1990-2016, *Unidad de Debates Económicos – Celag.org*, 21 de noviembre de 2017.

Nikièma, Suzy H. “Performance Requirements in Investment Treaties”, Best Practices Series, december 2014.

Oglietti, Guillermo. La relación de causalidad entre el crecimiento y la IED en Argentina. ¿Pan para hoy, hambre para mañana?”. *El Trimestre económico*. Vol. LXXIV (2) Núm. 294, abril-junio de 2007.

Oliva Pérez, Nicolás; Serrano Mancilla, Alfredo y Oglietti, Guillermo. ¿Sí hay alternativas en Ecuador! Propuestas de políticas Económicas Heterodoxas, *Unidad de Debates Económicos – Celag.org*, 24 de septiembre de 2017.

Olivet Cecilia & Eberhardt Pia. *Cuando la injusticia es negocio*, Bruselas/Amsterdam, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, 2012.

Páez, Marisol. “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos del Estado”, *Revista de Estudios Internacionales*, Vol. 39, n°153, abril-junio, Universidad de Chile, 2006.

Pérez Ludeña, Miguel. “The rise of FDI income, and what it means for the balance of payments of developing countries”, *Columbia FDI Perspectives*, n°122, 2014.

Recalde Reyes, Paola Miosotis. “La influencia de las políticas económicas en la inversión extranjera directa en el Ecuador en el periodo 2007-2011”, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, 2013.

Rivas Ramírez, Daniel. *Las nuevas dinámicas de los ordenamientos jurídicos y la protección de bienes jurídicos constitucionales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Rodiles, Alejandro. “La fragmentación del derecho internacional ¿riesgos u oportunidades para México?”, *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 9, enero 2009.

Rodríguez Barrios, María Angélica & Rodríguez Vargas, Juana Paola. *Mecanismos de promoción y protección para la inversión extranjera, el caso colombiano*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

Rodríguez Franco Diana y Rodríguez Garavito César. “¿Es constitucional el TLC?”, *Derechos y Economía – Boletín del Observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas Dejusticia*, n°1, enero-marzo, Bogotá, 2007.

Rodríguez Serrano, Marly & Rodríguez Serrano, Yurli Teresa. “Incidencias de la Resolución No. 2090 de 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, frente a los derechos adquiridos de propietarios – caso Páramo de Santurbán”, *Hipótesis Libre*, n°11, Cúcuta, 2015.

Ruiz Vargas, Mario Antonio; Navarro, Oscar Saúl & Velandia, Juliana Maritza. “Incidencia de la política de incentivos tributarios sobre la inversión en el sector minero energético colombiano: un análisis exploratorio de su efectividad”, *Cuadernos de contabilidad*, vol. 17. No. 43, Bogotá, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, publicado el 26 de enero de 2017.

Soler Reyes, Mario. “El consentimiento para recurrir al CIADI como base de la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales constituidos en conformidad al Convenio de Washington”, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

Stiglitz, Joseph E. *El precio de la desigualdad*, Bogotá, Taurus, 2012.

Suárez Ricaurte, Federico “Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: cambio de precedente en el control a los TBI”, *Investment Treaty News*, septiembre de 2019.

Tamburini, Francesco. “Historia y destino de la doctrina Calvo ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?”, *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n°24, Valparaíso, 2002.

Uharte Pozas, Luis Miguel. *Las multinacionales en el siglo XXI: Impactos múltiples. El caso de Iberdrola en México y Brasil*. Ed. 2015 y más. 2012. pp. 166-172.

Valencia, Mario Alejandro y Daza, Enrique. “¿Y si se eliminan los beneficios al sector extractivo? Análisis del costo fiscal en el sector minero y su transferencia a la industria manufacturera. Justicia Tributaria en Colombia. 25 de abril de 2018.

Vela Orbeagozo, Bernardo. “El dilema del CIADI: ¿Garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?”,

La defensa internacional de los intereses del Estado en América Latina, 1era Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

Villalba Cuéllar, Juan Carlos y Moscoso Valderrama, Rodrigo Andrés. “Orígenes y panorama actual del arbitraje”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, Bogotá, 2008.

Weigel, Dale; Gregory, Neil & Wagle, Dileep. “Inversión Extranjera Directa”, *Experiencias de la CFI*, Washington, 1997.

Woss, Herfried. “Indemnización”, *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*.

Zabalo, Patxi. “América Latina ante las demandas inversor-Estado”, *Revista de Economía Mundial*, n°31, mayo-agosto, Huelva, 2012.

INFORMES ESPECIALIZADOS

CEPAL. Panorama Social de América Latina 2018.

Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos. “El Impacto de las Transnacionales y Multinacionales en Colombia Sobre el Medioambiente y los Derechos Humanos”. *Declaración escrita en el marco de la 32a Sesión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. Ginebra. 13 junio al 1 de julio de 2016.

Informe Ejecutivo. Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en Ecuador, Quito, mayo de 2017.

Informe SIA n°26. “Consecuencias ambientales de los tratados de libre comercio en Colombia”. Cedetrabajo, 2017.

Observatorio de Conflictos Ambientales de la Universidad Nacional de Colombia. “Hidroeléctrica el Quimbo – Emgesa – Asoquimbo – Huila. Análisis Impactos Socioeconómicos”, Bogotá, 27 de septiembre de 2016.

UNCTAD. Informe sobre las inversiones en el mundo 2018: La inversión y las nuevas políticas industriales. Mensajes clave y panorama general.

NORMAS NACIONALES

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 267 de 1995

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1111 de 2006

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Ley 1450 de 2011

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1607 de 2012

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Ley 1753 de 2015

CONGRESO NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1819 de 2016

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Conpes 3684 de 2010

MINCOMERCIO. Resolución 305 de 2014

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Directiva Presidencial Número 02 de 2016

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto Legislativo 1939 de 2013

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-035 del 2016

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-252 del 2019

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-254 del 2019

NORMAS EXTRANJERAS

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BOLIVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. 2009

ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008

NORMAS INTERNACIONALES

Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China

Acuerdo bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Chile

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Estados Unidos

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Corea del Sur

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y México

Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y Costa Rica

Convención Americana de Derechos Humanos

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

CASOS ANTE ESCENARIOS INTERNACIONALES

CIADI

Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9

América Móvil S.A.B. de C.V. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB (AF)/16/5

Angel Samuel Seda and others v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/19/6

Asset Recovery Trust S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/11

Astrida Benita Carrizosa v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/5

Azurix Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/30

Carlos Rios and Francisco Javier Rios v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/17/16

Commerce Group Corp. and San Sebastian Gold Mines, Inc. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/17

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB (AF)/11/2

Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/41

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7

Galway Gold Inc. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/13

Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8

Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6

Gran Colombia Gold Corp. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/23

Nations Energy, Inc. and others v. Republic of Panama, ICSID Case No. ARB/06/19

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11

Philip Morris Brand Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A.
v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7

Quadrant Pacific Growth Fund L.P. and Canasco Holdings Inc. v. Republic of
Costa Rica, ICSID Case No. ARB (AF)/08/1

Red Eagle Exploration Limited v. Republic of Colombia, ICSID Case No.
ARB/18/12

RSM Production Corporation v. Grenada, ICSID Case No. ARB/05/14

Telefónica S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/18/3

Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur
Partzuergoa v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile,
ICSID Case No. ARB/98/2

OTROS

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 60 de 2015,
Medidas cautelares No. 51/15. Asunto. Niñas, niños y adolescentes de
las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo
Wayúu, asentados en el Departamento de la Guajira, respecto de
Colombia. 11 de diciembre de 2015; disponible en: [https://www.oas.org/
es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf](https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2015/MC51-15-Es.pdf)

ANEXO

NÚMERO DE CASOS QUE ENFRENTAN LOS PAÍSES DE LA REGIÓN EN EL CIADI Y DECISIONES ADOPTADA POR LOS TRIBUNALES AD HOC RESPECTO DE LOS CASOS CONCLUIDOS EN CADA PAÍS

AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE EN EL CIADI

País	Número de casos (pendientes y concluidos)
Argentina	56
Venezuela	48
México	22
Perú	22
Ecuador	14
Colombia	10
Costa Rica	9
Panamá	9
Bolivia	5
Chile	4
El Salvador	4
Granada	4
Guatemala	4
Honduras	4
Jamaica	3
Paraguay	3
Uruguay	3
Trinidad y Tobago	2
Guyana	1
Nicaragua	1
República Dominicana	1
San Cristóbal y Nieves	1
Santa Lucía	1
Total	231

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

ARGENTINA

Número de casos pendientes	8
Número de casos concluidos	48
Número total de casos	56

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	13
Número de casos decididos a favor del Estado	2
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	10
Número de casos con acuerdo de conciliación y laudo consensuado – Regla 43 (2) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	15
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos - Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	4
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	3

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

VENEZUELA

Número de casos pendientes	19
Número de casos concluidos	29
Número total de casos	48

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	11
Número de casos decididos a favor del Estado	3
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	2
Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	3
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos – Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	3
Número de casos con terminación del procedimiento por abandono de la instancia – Regla 45 del arbitraje CIADI	2
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	5

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

MÉXICO

Número de casos pendientes	6
Número de casos concluidos	16
Número total de casos	22

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	9
Número de casos decididos a favor del Estado	3
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	2
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	2

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

PERÚ

Número de casos pendientes	9
Número de casos concluidos	13
Número total de casos	22

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	3
Número de casos decididos a favor del Estado	4
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con acuerdo de conciliación y laudo consensuado – Regla 43 (2) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	2
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	2

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

ECUADOR

Número de casos pendientes	1
Número de casos concluidos	13
Número total de casos	14

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	4
Número de casos decididos a favor del Estado	1
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	4
Número de casos con acuerdo de conciliación y laudo consensuado – Regla 43 (2) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	1
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	2

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

COLOMBIA

Número de casos pendientes	9
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	10

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	1
-----------------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

COSTA RICA

Número de casos pendientes	2
Número de casos concluidos	7
Número total de casos	9

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	4
Número de casos decididos a favor del Estado	1
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos – Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	1
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

PANAMÁ

Número de casos pendientes	5
Número de casos concluidos	4
Número total de casos	9

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del Estado	2
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos - Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

BOLIVIA

Número de casos pendientes	1
Número de casos concluidos	4
Número total de casos	5

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	1
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	2

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

CHILE

Número de casos pendientes	2
Número de casos concluidos	2
Número total de casos	4

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	1
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

EL SALVADOR

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	4
Número total de casos	4

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del Estado	1
Número de casos con acuerdo de conciliación y laudo consensuado – Regla 43 (2) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos - Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	1
Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

GRANADA

Número de casos pendientes	1
Número de casos concluidos	3
Número total de casos	4

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del Estado	1
Número de casos con acuerdo de conciliación y laudo consensuado – Regla 43 (2) del arbitraje CIADI	1
Número de casos con terminación del procedimiento por falta de pago de los anticipos requeridos – Regla 14 (3) (d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

GUATEMALA

Número de casos pendientes	2
Número de casos concluidos	2
Número total de casos	4

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	1
Número de casos decididos a favor del Estado	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

HONDURAS

Número de casos pendientes	1
Número de casos concluidos	3
Número total de casos	4

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	1
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	2

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

JAMAICA

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	3
Número total de casos	3

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	2
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

PARAGUAY

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	3
Número total de casos	3

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del inversionista	1
Número de casos decididos a favor del Estado	1
Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

URUGUAY

Número de casos pendientes	2
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	3

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del Estado	1
----------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

TRINIDAD Y TOBAGO

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	2
Número total de casos	2

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del Estado	1
Número de casos conciliados – Regla 33 de conciliación	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

GUYANA

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos con avenencia respecto de la controversia o terminación del procedimiento de común acuerdo – Regla 43 (1) del arbitraje CIADI	1
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

NICARAGUA

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos con terminación del procedimiento a solicitud de una de las partes – Regla 44 del arbitraje CIADI	1
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

REPÚBLICA DOMINICANA

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	1
------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

SAN CRISTÓBAL Y NIEVES

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos en que el tribunal declaró falta de jurisdicción para resolver la controversia	1
------------------------------------------------------------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

SANTA LUCÍA

Número de casos pendientes	0
Número de casos concluidos	1
Número total de casos	1

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI

Número de casos decididos a favor del Estado	1
----------------------------------------------	---

Fuente: Elaboración grupo de investigación en base a los datos proporcionados por el CIADI