

DIEGO FERNANDO BLANDÓN CASTAÑO

CONTROVERSIA ECO ORO VS COLOMBIA, HIPÓTESIS DE UN FALLO

(Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público)

Bogotá D.C., Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS
EN DERECHO PÚBLICO

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hineirosa Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

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

Director de Tesis: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

Presidente de Tesis: Dra. Magdalena Correa Henao

Examinadores: Dr. Bernardo Vela Orbegozo
Dr. Eric Tremolada Álvarez

Abogado de la Universidad de la Amazonia y Especialista en Derecho Constitucional y administrativo de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, Docente del área de Ciencias Sociales en la Institución Educativa Barrios Unidos de Garzón Huila.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO I. PANORAMA DE LA SITUACIÓN	1
1.1 QUIÉN ES ECO ORO (FICHA TÉCNICA).....	1
1.1.1 Qué pretende Eco Oro en Colombia	4
1.2 LA MULTINACIONAL ECO ORO VS COLOMBIA.....	7
1.3 QUÉ ESTÁ EN PELIGRO PARA LAS PARTES.....	13
1.3.1 Del lado de Colombia	13
1.3.2 Del lado de Eco Oro	14
CAPÍTULO II. LOS POSTULADOS DE LAS PARTES	16
2.1 EN EL CASO DE ECO ORO	16
2.1.1 La expropiación indirecta.....	16
2.1.2 Los tratados bilaterales de inversión, el blindaje contra la expropiación indirecta	27
2.2 EN EL CASO DE COLOMBIA	33
2.2.1 La responsabilidad en el Derecho Internacional.....	33
2.2.2 Estado de Necesidad	37
CAPÍTULO III. LA ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES ANTE EL CIADI	45
3.1 QUÉ ES EL CIADI	45
3.2 ECO ORO.....	48
3.2.1 Trato justo y equitativo en el Derecho internacional.....	52
3.2.2 Aspectos generales del trato justo y equitativo	55
3.3 COLOMBIA.....	61
3.3.1 Estado de necesidad ecológica.....	62
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	74

LISTA DE IMÁGENES

	Pág.
Imagen 1. Logo tipo.....	4
Imagen 2. Angostura	6
Imagen 3. CIADI.....	47

RESUMEN

En el año 1994 la multinacional canadiense hoy llamada Eco Oro Minerals llegó a Colombia, obtuvo licencias de exploración y explotación minera en el área del Páramo de Santurbán y empezó a dar desarrollo al Proyecto Angostura. Los procesos de explotación empezaron a hacer mella en el ambiente y el Estado colombiano empezó a limitar las actividades de Eco Oro, con el fin de proteger el ecosistema del páramo y todo lo que de él se desprende (flora, fauna, recursos hídricos); hasta tal punto que la multinacional viendo afectadas sus inversiones, decide demandar a Colombia ante el CIADI. Dentro del trabajo se busca desarrollar una posible estrategia de defensa de las partes; de esta manera, según los hechos, se puede apreciar que la argumentación de la multinacional se fundamentará en la expropiación indirecta y la violación al trato justo y equitativo. Mientras que la argumentación de Colombia se basará en el Estado de necesidad como causal de ausencia de ilicitud ante el incumplimiento de una obligación internacional; sin embargo, se concluye dentro de una hipótesis del fallo, que la diplomacia y la experticia nacional fueron insuficientes, y por lo tanto, Colombia será declarada responsable por un hecho internacionalmente ilícito.

Palabras Claves: Páramo de Santurbán, Estado de necesidad, expropiación indirecta, Trato justo y equitativo.

INTRODUCCIÓN

A principios de la década de los 90's, América latina abrió sus puertas al mundo mediante los Tratados de Libre Comercio, TLC por su sigla. A través de esta estrategia, los gobernantes buscaban incentivar el desarrollo local y regional, el intercambio de productos y servicios y favorecer la calidad de vida de los ciudadanos. En Colombia, los primeros TLC se dieron con México el 13 de julio de 1994. Después siguió una ola de acuerdos con La Comunidad del Caribe (CARICOM) donde países como Antigua y Barbuda, Trinidad y Tobago, Jamaica, Barbados y Santa Lucía, entre otros, garantizaban unas reglas generales para favorecer el tránsito de bienes y reducir aranceles.

Del 2000 hasta la fecha, Colombia consolidó su política de apertura firmando TLC's con Cuba, Chile, Guatemala, Salvador, Honduras, Suiza, Islandia, Noruega, Venezuela, Perú, Brasil, Argentina, Paraguay, Estados Unidos, Uruguay y cuanta nación estuviera dispuesta a construir sólidas y estables relaciones comerciales. Los resultados de estas alianzas han sido bastante positivos para el país. De un lado, sus empresarios encontraron mayores oportunidades en el extranjero, lo que termina siendo una especie de catapulta a los sectores primarios, secundarios y terciarios de la economía nacional. Del otro, distintas compañías con presencia en diversos puntos del planeta, han decidido invertir en Colombia millones de dólares, abriendo así cientos de empleos y mejorando las condiciones salariales los colombianos.

No obstante, hoy por hoy Colombia está en pleitos por cuenta de incumplimientos en los TLC, lo que hace suponer que aún no está preparada en su totalidad para responder a las exigencias y desafíos del mercado mundial. Los más sonados son el caso de Telefónica, la firma española que demandó a Colombia por varios millones de dólares en razón de un laudo de

la Cámara de Comercio de Bogotá, el de La suiza Glencore, dueña del Grupo Prodeco, que alega faltas al TLC firmado hace unos años, y Cosigo Resources que exige 16.500 millones de dólares por las barreras jurídicas que negaron la explotación de una concesión aurífera en Taraira, en límites con Brasil.

De estas querellas, la de Eco Oro, una empresa canadiense que desde hace 24 años está en Colombia, ha dado mucho de qué hablar, pues, hace poco tiempo sus representantes legales, 20 de marzo del 2018, presentaron una queja formal ante El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para exigir una compensación de 764 millones de dólares debido a los perjuicios que ha sufrido como resultado de las medidas del Estado colombiano y la destrucción del valor justo de su capital.

El fallo, aún está a la espera, por lo que es incierta la decisión del CIADI y quién tiene o no la razón. Sin embargo, las páginas que siguen, planean, desde una perspectiva integral, adelantarse al veredicto de los árbitros encargados y concluir según los hechos y pruebas que hasta el momento existen. En otras palabras, el texto es un ejercicio con un propósito claro: inferir quién puede ser el ganador en la controversia Colombia vs Eco Oro, una controversia que ha capturado la atención local e internacional, ha sido motivo de artículos periodísticos, reflexiones académicas y que despertó duda en la diplomacia y gestión colombiana para administrar sus negocios.

La secuencia de la propuesta es muy sencilla. Por ejemplo, el primer capítulo es la reconstrucción de los acontecimientos previos a la demanda. En él, el lector tendrá una descripción detallada de quién es Eco Oro, qué pretende en el territorio colombiano y por qué se dio el litigio, junto a otros elementos de valor incalculable que permitirán a doctos y a legos en la materia construir un panorama de la situación sin dejar de lado aspectos relevantes para entender

la naturaleza de uno de los conflictos internacionales más substanciales para Colombia en los últimos 10 años.

El segundo, es una especie de aproximación a ciertas figuras jurídicas, la expropiación indirecta y el estado de necesidad, latentes en medio de la problemática. Igualmente, es croquis con definiciones y teorías traídas a colación que explican el porqué de la decisión de las partes y sus actuaciones. Podría decirse que es el resultado de los acontecimientos narrados en el apartado anterior.

El tercero, es la posible defensa tanto de Eco oro como de Colombia en El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Aquí el lector conocerá el desarrollo de las hipotéticas estrategias que pueden darse para lograr que el CIADI esté de lado de uno de los litigantes. Posiciones de juristas, laudes y conceptualizaciones complementan la sección con el fin de que los interesados dispongan de doctrina y jurisprudencia suficiente. En último lugar están las conclusiones y un conjunto de reflexiones personales sobre el tema que cierran el documento.

CAPÍTULO I. PANORAMA DE LA SITUACIÓN

El capítulo describe quién es la multinacional *Eco Oro minerals* y qué pretende en Colombia. También, la controversia registrada ante el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones) con motivo de ciertas decisiones del gobierno colombiano entre el 2009 y el 2016. Al final, cuáles son los intereses de las partes y qué está en juego.

1.1 QUIÉN ES ECO ORO (FICHA TÉCNICA)

Eco Oro Minerals Corp, antes en los 90's *Greystar Resources*, es una multinacional canadiense dedicada a la extracción de metales preciosos con diversos proyectos alrededor del mundo que desde 1994 hace presencia en Colombia. De acuerdo a sus documentos internos, su misión está enfocada en la explotación, exploración y aprovechamiento de recursos minerales con el fin de satisfacer las exigencias económicas de sus accionistas y las demandas sociales y culturales de las comunidades donde opera¹. Los términos textuales son:

Eco Oro Minerals Corp. es una empresa constituida para explorar, explotar y comercializar recursos minerales, que genera beneficios a sus accionistas, colaboradores y comunidades, y sigue sus valores corporativos dentro del cumplimiento de un marco legal, técnico y de los más altos estándares en materia ambiental, seguridad industrial, salud ocupacional, calidad y de responsabilidad social.²

¹ ECOORO. Misión. [en línea]. 15 de junio del 2012. [citado el 1 de agosto del 2018]. Disponible en http://www.eco-oro.com/sp/Mission_Vision_Values.asp, p.1

² ECOORO. Misión. [en línea]. 15 de junio del 2012. [citado el 1 de agosto del 2018]. Disponible en http://www.eco-oro.com/sp/Mission_Vision_Values.asp, p.1

En sus valores corporativos está la integridad, el compromiso, el trabajo en equipo, la sostenibilidad, el liderazgo, el mejoramiento continuo, el reconcomiendo, la honestidad y el respeto.

La administración de *Eco Oro Minerals Corp* está conformada por Joao Carrelo, Presidente y Director Ejecutivo, profesional con más de 35 años de experiencia y un título en Ingeniería y Minas y un Magister en Administración de Negocios (MBA). La trayectoria de Carrelo incluye proyectos en África, Europa y Asia y diversos honores por las Juntas Directivas de SOMINCOR (Sociedad Mineira de Neves Corvo S.A.) en Portugal.

Como Directora Financiera está Mary Ellen Thorburn, empresaria muy premiada en Canadá gracias a sus aportes al sector minero y a su gestión en *Taseko Mines Limited*, *UBS Securities Canada* y *Pricewater house Coopers*³. En la actualidad hace parte del Instituto Canadiense de Contadores Públicos y el *Instituto Chartered Financial Analyst*.

Asesorando a Ellen Thordun está James Atherton, el Vice Presidente Legal y Secretario Corporativo, un abogado canadiense graduado en la Universidad de British Columbia, Canadá. A parte de conformar el equipo central de *Eco Oro Minerals Corp*, James Atherton trabajó por varios años en Bull, *Housser & Tupper LLP*⁴ desempeñando diversas tareas relacionadas con el Derecho comercial y corporativo.

³ Para quienes no conocen *Pricewater house Coopers*, esta es una de las firmas de consultorías y asesoramiento fiscal más grandes del mundo. Sus oficinas están en Londres, Reino Unido, y sus fundadores son Samuel Lowell Price, Edwin Waterhouse y William Cooper.

⁴ Bull, Housser & Tupper LLP es una bufete de abogados canadienses que desde 1980 viene operando en Norteamérica.

Por último está Fiona Grant Leydier, la Directora de Relaciones con Inversionistas. En el haber académico de Grant está un título en Sociología y Marketing Comunicacional. Sus proyectos en la bolsa de valores de Canadá y Estados Unidos han significado múltiples galardones dentro y fuera de su país. En el presente tiene por tarea diseñar estrategias para captar clientes potenciales que deseen invertir en minerales.

En cambio, la junta directiva está constituida por Anna Stylianides, la copresidente, una reputada abogada graduada de la Universidad de Witwatersrand en Johannesburgo a finales de la década del ochenta; Juan Esteban Orduz, el Co-Presidente, miembro de la embajada colombiana en los Estados Unidos en los 90's; Joao Carrelo, EO y Presidente (Director general), con un título de Ingeniería de Minas , un MBA y más de 29 años de experiencia en el sector minero; y tres directores encargados: Eduardo Jaramillo, egresado de Ingeniería Industrial de la Universidad de los Andes en 1991; Hubert R. Marleau, condecorado de la economía mundial y ex ejecutivo de *Nesbitt Thomson Inc*; y Samuel Jed Rubin, conspicuo abogado del circuito newyorquino por su gestión en *Cravath, Swaine & Moore LLP*⁵.

Dentro de las políticas de *Eco Oro Minerals Corp* está el cumplimiento de la certificación ISO9001 (bases para un sistema de calidad tanto para empleados como para clientes y accionistas), ISO14001 (norma internacional de responsabilidad ambiental y manejo adecuado de desechos, entre otras cosas) y OHSAS18001 (estándar referido a salud y seguridad en el trabajo). Pero también un conjunto de manuales como Política de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional, Política sobre el uso de Alcohol y Drogas y Política Social⁶.

⁵ Firma de abogados norteamericanos con oficinas en New York y Londres.

⁶ Los interesados pueden ingresar al siguiente link y descargar los estatutos para ampliar la información sobre Eco Oro Minerals Corp: <http://www.eco-oro.com/sp/Policias.asp>

En Colombia, la oficina de la organización está en Bucaramanga, Departamento de Santander, con Cra 27 No. 36-14, oficina 401 y teléfono de contacto + 577 6347778. La imagen comercial de Oco Oro esta está constituida por un isologotipo formado por dos palabras, una Eco en negro y la otra Oro en dorado, y un símbolo alusivo a una bandera con tres colores, al parecer los colores de la bandera colombiana. Este es el elemento gráfico que identifica a la empresa a nivel nacional e internacional:



Imagen 1. Logo tipo

Fuente: Tomado de la página oficial de Eco Oro

1.1.1 Qué pretende Eco Oro en Colombia

Eco Oro arribó a Colombia en 1994 con el propósito de aprovechar la riqueza mineral del país y extraer metales preciosos. El lugar elegido, después de estudios, fue el departamento de Santander y Norte de Santander, distritos opulentos en fauna y flora. Allí, los investigadores de Eco Oro descubrieron que en la provincia de Soto, después llamada el páramo Santurbán, con una

extensión aproximada de 142.000 hectáreas, 70 kilómetros, entre los 2.800 y 4290 m.s.n.m, existía una oportunidad de negocio.

De este modo nació el proyecto de Angostura, un proyecto donde el Estado colombiano otorgó ocho títulos mineros a la multinacional canadiense que cubren 30 mil hectáreas aproximadamente y cuyos satélites, según Eco Oro, son Móngora, La Plata, Armenia y Violetal, territorios con yacimientos y muchos metales preciosos. Para ofrecer una perspectiva de los aspectos destacados de Angostura, aquí están textualmente los elementos más representativos:

- La operación únicamente subterránea dejará una huella mucho más pequeña en la superficie que la minería a cielo abierto.
- Las venas de mayor ley contienen aproximadamente 2,7 millones de onzas de oro equivalente (90% de oro) recuperables por métodos de minería subterránea.
- El PEA actualizado estima una producción anual de 222.000 a 303.000 onzas de oro equivalente durante 10 años con una tasa promedio de producción anual de 269.000 onzas equivalentes de oro.
- El depósito permanece abierto a profundidad.
- El sitio es accesible durante todo el año por carretera o helicóptero.
- La infraestructura existente incluye una red eléctrica principal y acceso a agua.
- Aún no se ha avanzado en numerosos proyectos satélite: Móngora, La Plata, Armenia y Violetal⁷

Y acá una imagen del lugar donde se desarrolla el Angostura (lo amarillo corresponde a los ocho títulos, lo verde tierras vírgenes):

⁷ ECOORO. Proyecto Angostura. 15 de junio del 2012. [citado el 1 de agosto del 2018]. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/Angostura.asp>,p.1

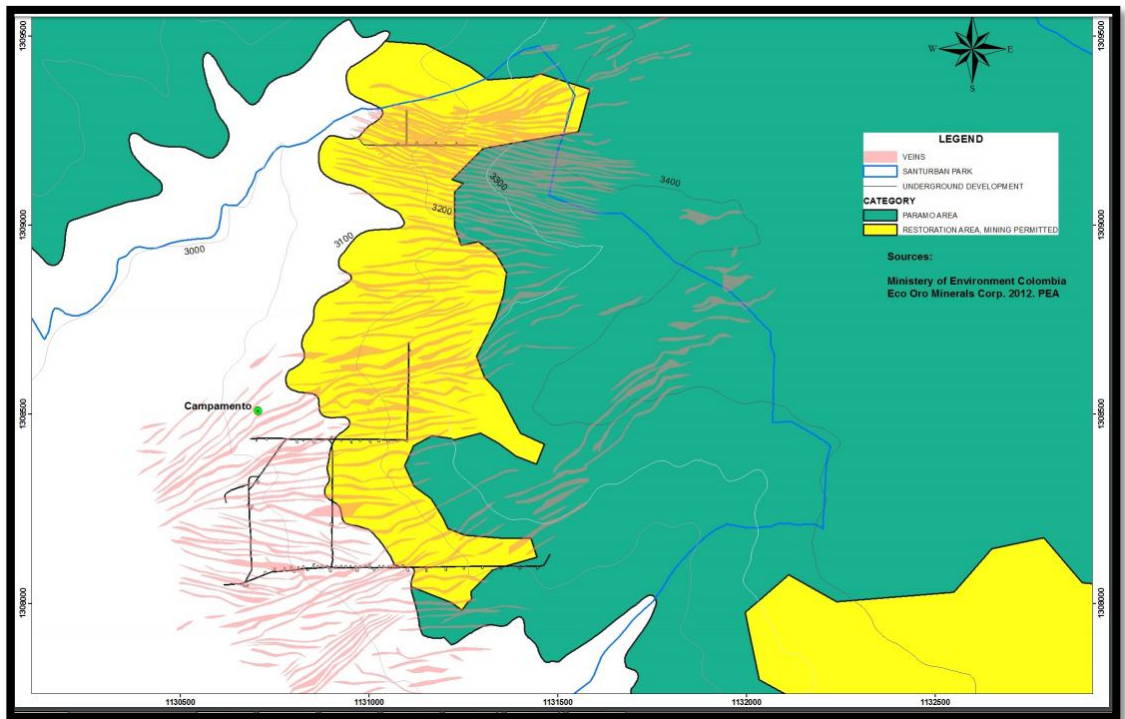


Imagen 2. Angostura

Fuente: Página oficial de Ecooro.

A su vez, a partir de los estudios y los resultados de las excavaciones, Angostura cuenta con una:

un recurso mineral indicado de 30,6 millones de toneladas con una ley 3,1 g/t de oro y 14,8 g/t de plata, y un recurso inferido de 22,2 millones de toneladas con una ley de 3,0 g/t de oro y 15,6 g/t de plata usando un corte de oro de ley 1,5 g/t oro.⁸

Además, “la estimación del recurso se basa en información de 973 pozos de perforación, más de 300.000 metros de perforación y casi 200.000 muestras de oro. En el modelo se incluyó un total de 191 estructuras mineralizadas”⁹.

⁸ Ibíd. p.2

⁹ Ibíd. p.2

En el año 2009, la empresa solicitó una licencia ambiental para una explotación a cielo abierto, pero este proceso tuvo varios altibajos relacionados con los impactos socio-ambientales y con la evidente falta de prevención y mitigación de la firma. No obstante, en el año 2012, después de cambiar el modelo de extracción y aún en medio de numerosas movilizaciones de resistencia, la Agencia Nacional de Minería decidió extender la licencia de explotación del proyecto Angostura, lo cual hizo pensar que ya no tendría obstáculo alguno.

De ahí, en los informes de Eco Oro hasta el 2011 la empresa realizó 50.000 metros de perforaciones y 3.000 metros de desarrollo subterráneo, lo que significa 7 áreas perforadas. En el 2012 reportó 18 pozos penetrados que “contienen un total de 52 intersecciones de más de 2 g/t de oro con una ley promedio ponderada de 4,4 g/t de oro y 19,7 g/t de plata.”¹⁰ Luego, el mismo año, en septiembre, terminó un relleno en la primera fase de 45.000 metros. El objetivo, fortalecer los cimientos para la minería subterránea y cumplir con las disposiciones del Código de Minas colombiano, y, de paso, apoyar las prioridades de Angostura y llegar a su yacimiento central.

1.2 LA MULTINACIONAL ECO ORO VS COLOMBIA

De 1994 al 2012 las actividades de Eco Oro trascurrieron sin ninguna dilación en el Santander, así que cantidades alarmantes de material fueron removidas, la maquinaria entró y salió de Angostura y el futuro parecía ser próspero y muy prometedor. Sin embargo, los efectos secundarios de las técnicas y métodos extractivos pronto hicieron meya en el ambiente y los santandereanos alzaron un grito de protesta acompañado de marchas, revueltas y mucha conmoción¹¹.

¹⁰ *Ibíd.* p.1

¹¹ ECOORO. Proyecto Angostura. 15 de junio del 2012. [citado el 1 de agosto del 2018]. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/Angostura.asp>,p.1

Grupos como AIDA (Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente), entre otros, hicieron presencia en las revueltas que terminaron en el 2014 con la Resolución 2090 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, resolución “por la cual se delimita el Páramo jurisdicciones – Santurbán - Berlín, y se adoptan otras determinaciones”. Dicho de otra manera, con motivo del detrimento del territorio, el Gobierno Nacional demarcó el área con fines proteccionistas y suspendió toda actividad. El artículo 1 de la resolución es claro:

ARTICULO 1. DELIMITACIÓN: delimitar el páramo jurisdicciones – Santurban - Berlín, que se encuentra localizado en jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional de la Meseta de Bucaramanga (CDBM), la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental (CORPONOR), de conformidad con los estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales elaborados por las mencionadas corporaciones y los aportes del Instituto de Investigaciones Científicas Alexander von Humboldt, el cual está constituido por una extensión de 98.994 hectáreas aproximadamente...¹²

De igual forma, se ordena a las corporaciones autónomas regionales, Corporación Autónoma Regional de la Meseta de Bucaramanga (CDBM) y Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental (CORPONOR), identificar diferentes zonas y determinar sus usos según zonas de preservación, las cuales deben mantenerse ajenas a transformación de sus estructuras naturales, zonas de restauración, zonas que han sufrido alteraciones y que deben ser restauradas para mejorar el flujo de los servicios ecosistémicos, y por último las sostenibles, espacios donde pueden desarrollarse quehaceres productivos pero que contribuyan con el flujo de los servicios ambientales¹³.

¹² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Resolución 2090 (19 de diciembre de 2014, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante). p. 6

¹³ *Ibíd.* p. 7

Los argumentos para llegar a este punto están condensados en los estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales elaborados por las Corporaciones autónomas regionales. Entre las consideraciones más relevantes a nivel ambiental están:

Que el agua que se origina en el “Complejo de páramos jurisdicciones – Santurban - Berlín” abastece a la cuenca de río Zulia – que surte al distrito de riego Asozulia, que agrupa a 1.400 asociados con una concesión de 14.3 m³/s – y soporta diversas actividades: usos agropecuarios, la central térmica Tasajero y el suministro de agua para la población. Solo en el Área metropolitana de Bucaramanga, el número de usuarios de agua para consumo asciende a un millón. El 30 por ciento del agua para la ciudad de Cúcuta proviene del complejo de páramo.

Que si se define el área de influencia regional del complejo con base en sus siete subzonas hidrográficas, esta comprende 68 municipios en los cuales aproximadamente 2'500.000 personas se benefician directa o indirectamente de las fuentes hídricas que allí se originan.¹⁴

Quedan también evidenciados aspectos tan importantes como lo es la obligación del Estado de garantizar la conservación, restauración, protección e integridad de la naturaleza, principalmente en las áreas de especial cuidado ecológico, a través de la planificación del manejo y aprovechamiento de los recursos. Por ende, fue esta Resolución la que empezó a generar preocupación a la multinacional canadiense *Eco Oro Minerals* y a suponer que ciertas barreras jurídicas limitarían su emprendimiento.

Dos años después, el 8 de febrero del 2016, la Corte Constitucional por medio de la sentencia C 035/ 2016 con Referencia: expediente D-10864, declaró inexecutable los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, los cuales rezan:

<INCISO 1> Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y

¹⁴ Ibíd. p .8

manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las Autoridades Ambientales deberán revisar las Licencias Ambientales otorgadas antes de la entrada en vigencia de la prohibición, en las áreas de páramo delimitadas y las mismas estarán sujetas a un control, seguimiento y revisión por parte de las autoridades mineras, de hidrocarburos y ambientales, en el marco de sus competencias y aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

<INCISO 2> En todo caso, el incumplimiento de los términos y condiciones en los cuales se otorgaron las autorizaciones mineras o ambientales, dará lugar a la caducidad del título minero de conformidad con lo dispuesto en el código de minas o la revocatoria directa de la licencia ambiental sin el consentimiento del titular y no habrá lugar a compensación alguna.

<INCISO 3> Si a pesar de la existencia de la licencia ambiental no es posible prevenir, mitigar, corregir o compensar los posibles daños ambientales sobre el ecosistema de páramo, la actividad minera no podrá seguir desarrollándose.¹⁵

En este orden de ideas, la Corte tras un minucioso examen de la posible afectación en los páramos debido a la actividad minera y a la explotación de hidrocarburos, buscó cerrar definitivamente la posibilidad de continuar con estas acciones.

Sin embargo, la Corte, en apariencia, en su momento no pensó en las inmensas consecuencias que traería la decisión, principalmente en el ámbito internacional, pues al declarar inexecutable los tres primeros incisos del párrafo primero del Plan de Desarrollo 2014 – 2018, eliminó cualquier exploración y explotación minera o de hidrocarburos en la cinturones demarcadas como páramos en el país para persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o internacional, y aún para aquellas empresas que contaban con contratos y licencias ambientales y con el instrumento de control

¹⁵COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1753 (junio 9 del 2015).p.6

y manejo ambiental otorgado con anterioridad al 9 de febrero de 2010, en el caso de las actividades de minería, y con anterioridad al 16 de junio de 2011 en el caso de la actividad de hidrocarburos¹⁶. Para ser más exactos, Colombia blindó el páramo Santanderino.

Los efectos: revocatoria directa de las licencias ambientales de Eco Oro que durante casi 20 años dieron vía libre a sus propósitos. Por supuesto, las sociedades con los títulos extractivos exigirían una compensación, de ahí que la multinacional *Eco Oro Minerals*, amparándose en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá y Colombia en 2008, y argumentando una afectación de sus derechos y expectativas económicas, envió el 7 de marzo del 2016 al Gobierno colombiano una notificación con la intención de reclamar y someter a arbitraje los hechos.

En la misiva, la multinacional argüía, por un lado, que la Republica de Colombia presenta demoras injustificadas para determinar con precisión los límites del Páramo de Santurbán, lo cual desdibuja el proyecto Angostura. Por el otro, manifestó inconformidad en relación con su derecho a continuar con el desarrollo de Angostura, a la vez que disgustos con la inseguridad jurídica generada a partir de la sentencia C – 035 emitida por la Corte Constitucional colombiana el 8 de febrero de 2016, pues manifiesta que por medio de esta se amplía la prohibición de desarrollar actividades mineras en la zona de páramo.¹⁷ Y aunque lo que pretendía inicialmente Eco Oro era buscar un arreglo pacífico, el Estado colombiano no aceptó ni propuso solución alguna, comunicando y ratificando la “pérdida” de los títulos mineros ubicados en el Páramo de Santurbán.

¹⁶ *Ibíd.*p.10

¹⁷ Notificación de intención de someter una reclamación a arbitraje conforme al tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá. Eco Oro.

Para el 9 de diciembre de 2016 el Gobierno colombiano recibió un mensaje formal por parte de Eco Oro, donde la empresa defendía que las decisiones de la Agencia Nacional de Minería y la Corte Constitucional Colombiana vulneraron sus derechos y expectativas legítimas, pues se trató de un acto de expropiación indirecta. Asimismo, manifestó su intención de llevar el caso ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial¹⁸. Veinte días después, el 29 de diciembre de 2016, la multinacional canadiense interpuso la demanda de arbitraje contra Colombia y se procedió por lo tanto a establecer el Tribunal, Tribunal conformado definitivamente el 11 de septiembre de 2018, nombrando como árbitros al argentino Horacio Grigera Naón asignado por la multinacional, y al franco-británico Philippe Sands escogido por Colombia para proteger sus intereses ambientales.

Estos dos árbitros, respetando lo establecido en el reglamento del CIADI, designaron a la británica Juliet Blanch como tercer arbitro y a su vez Presidente del tribunal *ad hoc* de arbitramento. El despacho que dirige la representación de Eco Oro es *Freshfields Bruckhaus Deringer*, mientras que el Gobierno colombiano está representado por su Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y se apoya del despacho del bufete de abogados estadounidense *Latham & Watkins*.¹⁹

¹⁸ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) del Banco Mundial, es la institución más importante en lo que tiene que ver con querellas y mal entendidos entre inversionistas y gobiernos.

¹⁹ CIAR GLOBAL. Formado tribunal de arbitraje de minera canadiense Eco Oro contra Colombia. La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana. [en línea]. Septiembre 2017, [citado 9 de noviembre del 2018]. Disponible en : <<http://ciarglobal.com/formado-tribunal-de-arbitraje-de-minera-canadiense-ecooro-contra-colombia/>>

1.3 QUÉ ESTÁ EN PELIGRO PARA LAS PARTES

1.3.1 Del lado de Colombia

Colombia dejó sin eficacia los títulos mineros de Eco Oro principalmente por intereses ambientales consagrados en la Constitución, establecidos en las leyes y decididos en los decretos y resoluciones. Las disposiciones más significativas son:

En la Constitución de 1991

Artículo 8 (es obligación del Estado y los colombianos proteger las riquezas naturales), 79 (las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano), 80 (el estado planificará el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales) y 334 (el Estado intervendrá para el uso y manejo de los recursos naturales) señalan explícita o implícitamente al medio ambiente y los páramos²⁰.

Leyes

Ley 99 de 1993 nivel nacional (con ella queda establecido el Ministerio del medio ambiente y los principios generales ambientales), ley 357 de 1997 (aprobación de la Convención relativa a los humedales de importancia internacional), ley 373 de 1997 (programa de uso eficiente del agua), ley 1450 de 2011 (Plan nacional de Desarrollo) y ley 1382 de 2010 (modificación del Código de Minas).

Resoluciones

Resolución 0769 del 5 de Agosto 2002 (disposiciones para contribuir a la protección, conservación y sostenibilidad de los páramos); Resolución 0937 de 2011 (delimitación de páramos); Resolución 0157 2004 (uso sostenible,

²⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución de 1991, artículos 8, 79, 80 y 334.

conservación y manejo de los humedales); y Resolución 196 de 2006 (*guía técnica en la formulación de planes de manejo para humedales*).

Pero por conexidad Colombia tiene otras intenciones al obstaculizar las acciones de Eco Oro, a saber: velar por los derechos fundamentales de los colombianos, pues, la decadencia del medio ambiente, la contaminación de las aguas y el aire, la extinción de X o Y especie, etc., compromete la seguridad y estabilidad de los ciudadanos. Algunos derechos son: el derecho a la vida (artículo 11 de la Constitución de 1991), derecho al trabajo (artículo 25 de la Constitución de 1991), derecho al deporte (artículo 52 de la Constitución de 1991) y derecho a la producción de alimentos (artículo 65 de la Constitución de 1991)²¹. En resumen, es la dignidad humana el principal interés, ese sustento sin el cual los derechos humanos, sean de primera, segunda o tercera generación, pierden peso y validez²².

1.3.2 Del lado de Eco Oro

Si los intereses de Colombia son la protección del medio ambiente y la seguridad de sus ciudadanos, los de Eco Oro son sus inversiones y una serie de permisos otorgados por el Estado desde 1994, año en que posó sus ojos en Colombia. Por el lado de las inversiones, hasta 2016 Eco Oro reportó 250 millones de dólares invertidos, lo que viene a ser contratación de personal, pagos, honorarios, maquinaria, etc. Por el lado de los permisos, está el 3452, un aval del Estado para extraer metales preciosos del Santander²³.

²¹ RIVEROS, Pardo, Felipe. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural. En: Revista Derecho del Estado. 2016, 25. p 16

²² Para Beriaín la dignidad “tiene su origen en el sánscrito, concretamente en la raíz dec, que quería decir ser conveniente, conforme, adecuado a algo o alguien. Posteriormente, fue adoptada por la lengua latina, que le añadió el sufijo -mus, formando el vocablo decmus, que acabó derivando en dignus, que en castellano se convirtió en digno, de donde, a su vez, surgió la palabra dignidad” (p.3).

²³ ECOORO. Proyecto Angostura. 15 de junio del 2012. [citado el 1 de agosto del 2018]. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/Angostura.asp>, p.1

También están otras trece concesiones y licencias de exploración que abarcan una superficie de 30 mil hectáreas, hectáreas que, según el comunicado del 2016 al Expresidente Juan Manuel Santos, desde un principio fueron entregadas a la multinacional sin reparo alguno, pues, en los años noventa no existía limitación para el aprovechamiento de recursos naturales. A su vez, en el 2001 el Código de Minas fue modificado, y entre estas modificaciones sancionó importantes salvaguardas para los concesionarios vigentes al momento de la firma, por lo que los contratos quedarían libres de modificaciones hasta su fin. Este es el artículo textual:

Artículo 46. Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales²⁴.

Todo esto implica que Eco Oro está detrás de sus derechos, en virtud del pacto de los noventa y del Tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá firmado en el 2008, el cual, entre otras cosas, otorga a las inversiones extranjeras un trato acorde con el Derecho Internacional.

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Minas (15 de agosto 2001). artículo 46.

CAPÍTULO II. LOS POSTULADOS DE LAS PARTES

En el apartado anterior, quedó establecido el panorama y los motivos que dieron lugar a la controversia entre Colombia y Eco Oro. En esta reconstrucción dos aspectos del Derecho Internacional salieron a flote: la expropiación indirecta, por el lado de la multinacional, y el estado de necesidad, por el lado de Colombia. Ahora, el propósito es definir qué son precisamente estas figuras para después, en la tercera sección, describir las posibles estrategias de defensa tanto de Colombia como de Eco Oro ante el CIADI.

2.1 EN EL CASO DE ECO ORO

2.1.1 La expropiación indirecta

Con la notificación enviada al Expresidente Juan Manuel Santos el 7 de marzo del 2016, Eco Oro manifiesta por escrito sus intenciones: someter a arbitraje las acciones del Estado colombiano que obstaculizan el normal desarrollo de Angostura y ponen en peligro la inversión de la multinacional con motivo de la expropiación indirecta, un tema que en los últimos años ha cobrado mucha fuerza en el Derecho Internacional consuetudinario y el Derecho Internacional Económico en virtud de la globalización²⁵, el movimiento de capitales y un nuevo orden donde las empresas parecen tener el control y el poder. Aunque la figura de expropiación indirecta presenta muchos matices, la comunidad académica ve en ella un recurso por el cual los inversionistas pueden proteger sus inversiones en países receptores de las mismas. Su definición es

²⁵ ESCOBAR, VALLEJO, Sofía. Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia. [en línea]. 18 de marzo del 2018. [citado 14 de mayo 2019]. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36687/EscobarVallejoSofia2018...pdf?sequence=1&isAllowed=y>

básicamente esta: actos u omisiones de X Estado que disminuyen el goce o el valor de las inversiones²⁶.

Otra forma de entender la expropiación indirecta está en uno de los artículos de Enrique Fernández Masiá para la Revista internacional de arbitraje llamado la *Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras (2007)*. En el escrito, Masiá define la expropiación indirecta en estas líneas:

La expropiación indirecta —también denominada de *ipso*— viene caracterizada por la inexistencia de una transmisión formal del título de propiedad en favor del Estado, pero que tiene el mismo efecto que una expropiación directa al privar sustancialmente al inversor de los beneficios de su inversión. A su vez, y aunque teniendo en mente que toda categorización absoluta en este ámbito es imposible, dados los supuestos tan diferentes que pueden plantearse, dentro de este tipo de expropiación se distinguen dos clases o tipos diferentes de medidas que tienen un efecto equivalente y que, en algunos casos, pueden darse conjuntamente²⁷.

Otros teóricos del Derecho Internacional proponen una postura ciertamente igual pero con distintas apreciaciones. Por ejemplo, Gary López Vélez afirma que la expropiación indirecta es:

[...] una figura que permite al Estado adquirir de manera forzosa la propiedad de los bienes de particulares mediante un acto jurídico y el pago de la debida indemnización. La expropiación opera básicamente por motivos de utilidad pública e interés común. Esta figura se ubica dentro de la esfera del Derecho Administrativo y se encuentra muy bien establecida y definida en cuanto a su naturaleza y alcance. Por todo esto podemos afirmar que la expropiación entendida como aquel fenómeno en

²⁶ ESCOBAR, VALLEJO, Sofía. Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia. [en línea]. 18 de marzo del 2018. [citado 14 de mayo 2019]. Disponible es: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36687/EscobarVallejoSofia2018...pdf?sequence=1&isAllowed=y>

²⁷ MASIA, FERNÁNDEZ, Enrique. Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. En: Revista internacional de Arbitraje. 2007, Vol. 4 p. 11

el que se transfiere el título de propiedad -nombrada doctrinariamente como expropiación directa- está plenamente aceptada²⁸.

Igual de importante es la visión de Ricardo De Urioste Samanamud. Para este pensador, la expropiación indirecta es una especie de interferencia por parte del Estado sobre el uso o la destinación de un inversionista extranjero sobre su inversión²⁹. O sea, es una muralla que obstaculiza la intervención del inversionista.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) asimismo sostiene que la expropiación indirecta es reconocida por el Derecho Internacional como:

las medidas adoptadas por un Estado que pueden interferir con los derechos de propiedad en tal medida que esos derechos terminan no teniendo ningún valor de tal forma que se ha considerado que ellos han sido expropiados, incluso aunque el Estado no ha tenido la intención de expropiarlos y el título legal de propiedad formalmente permanece con el titular original.³⁰

En Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia Escobar tiene una mirada interesante sobre el tema. Para ella:

Como punto de partida, es fundamental remitirnos a la definición de expropiar. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo ha definido como: "Privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes." (Real Academia Española, 2017). Esto quiere decir que se trata de una situación jurídica prevista por la ley que, adicionalmente, debe darse a través de una sentencia judicial para contar con legitimidad. La definición antes

²⁸ LÓPEZ, VÉLEZ, Gary. La expropiación indirecta en el Derecho Internacional de inversiones de américa latina. Ecuador. 2012, p. 7

²⁹ DE URIOSTE SAMANAMUD, Ricardo. La expropiación indirecta en el Derecho Internacional de las inversiones y el derecho a la propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos. En: Revista de Economía y Derecho.2013. Vol. 16,p.34

³⁰ NAFTA. Estados Unidos.1994, p.45

presentada hace alusión a la expropiación directa, donde el Estado tiene el poder de privar al titular de un bien o de un derecho, de esté. Las razones que justifican esta situación jurídica se encuentran descritas en la ley, lo que quiere decir que se trata de una acción legal y, como consecuencia, el Estado queda obligado a otorgar una compensación al afectado³¹.

En contraste, Saco Chung explica que:

Las expropiaciones indirectas suelen ser tratados en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o en los Tratados Bilaterales de Inversión (conocidos como BITs por sus siglas en inglés). Ello, en tanto que todo inversionista extranjero, al igual que los nacionales, desean que los Estados no interfieran en sus intereses o derechos. Asimismo, desean que el Estado no les establezca algún tipo de requerimiento que perjudique su acceso al mercado, así como en el establecimiento y protección de la inversión³²

Por su parte, Posada recupera el origen de la expropiación considerando que:

La expropiación como instrumento de intervención en la propiedad privada se encuentra referenciada como práctica desde la Edad Media, en tiempos en que el monarca sin mayores contemplaciones privaba directa y forzosamente de la propiedad a un particular. Pese a tal hallazgo, la “expropiación” como figura jurídica, encuentra más formales referencias en un contexto diferente, y como respuesta afirmativa a una pregunta planteada varios siglos atrás, según la cual debía determinarse si al momento de realizar obras públicas, la administración pública sólo podría desarrollarlas en bienes de su dominio o propiedad, o también podría y de ser necesario coactivamente, utilizar terrenos pertenecientes a

³¹ ESCOBAR, VALLEJO, Sofía. Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia. [en línea]. 18 de marzo del 2018. [citado 14 de mayo 2019]. Disponible es: <https://repositorio.yjaveriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36687/EscobarVallejoSofia2018...pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p.41

³² SACO CHUNG, Víctor, Augusto. La regulación de las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones [en línea] 12 de mayo del 2017 [citado el 14 de mayo 2019]. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10057/cabrera_gomez_regulacion_expropiaciones_indirectas_y_la_responsabilidad_patrimonial_de_la_administracion_publica.pdf?sequence=1&isallowed=y, p. 19

particulares, llevando a cabo un procedimiento forzoso de expropiación sobre los mismos³³.

La retrospectiva de Posada más adelante es una conceptualización de la expropiación:

La expropiación indirecta se define como aquella que se presenta por la interferencia del Estado en el uso o goce de la propiedad del inversionista, incluso cuando esa propiedad no es confiscada y el título legal de la misma no se ha afectado. Se trata, entonces, de una medida tomada por el Estado, que tiene para el inversionista extranjero un efecto similar al de la expropiación o nacionalización, sin que se presente la transferencia formal del título de dominio³⁴

Del lado de la jurisprudencia del CIADI en relación a la interpretación y aplicación de la expropiación se asume que:

1. En *Lauder v. The Czech Republic*,

Una expropiación indirecta o nacionalización es una medida que no involucra una transferencia (*taking*) flagrante de propiedad, sino que efectivamente neutraliza el goce de los activos. Es generalmente aceptado que una gran variedad de medidas son susceptibles a dar lugar a una expropiación indirecta, y cada caso es por ello decidido en base a sus circunstancias particulares).³⁵

2. En *Tecmed v. México*:

114. Generalmente, se entiende que la expresión “...equivalente a expropiación...” o “tantamount to expropriation” que se encuentra en el Acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero alude a la llamada “expropiación indirecta” o “creeping”, así como a la expropiación *de facto* aludida más arriba. Si bien

³³ POSADA, LÓPEZ, Sofía. La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de protección a la inversión extranjera – Su incorporación en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. [en línea]. 12 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo 2019]. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9684/u295890.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 1

³⁴ *Ibíd.* p.10

³⁵ TLCAN. Artículo 1110.

estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conducta o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación. (...) ³⁶

Sara María Baquero Montoya y Erika Mena Ramírez, ambas investigadoras de la Universidad EAFIT, interpretan la expropiación así:

Un concepto estricto de expropiación, que ya fue expuesto anteriormente, se refiere a la transferencia del título de propiedad ⁶¹, que implica la nacionalización de una propiedad privada para hacerla propiedad del Estado; además de este concepto, el Derecho Internacional habla también de la expropiación indirecta. Ésta se da cuando el inversionista alega que una ley, decreto, actuación administrativa o política pública atenta contra su derecho a la propiedad, razón por la cual reclama indemnización estatal. En tanto se reconozca la existencia de una expropiación indirecta, el Estado inversionista tendrá derecho para demandar al Estado anfitrión cuando considere que éste tome medidas que disminuyan sus ganancias, sean ciertas o probables. En ésta el inversionista conserva el título de la propiedad ³⁷.

La Corte Constitucional tiene su propia tesis sobre la figura, a saber:

La expropiación puede ser entonces definida como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa ³⁸.

Y La Corte Suprema de Justicia ha dicho que:

³⁶ CIADI. Caso Laudo ICSID Case No. ARB (AF)/99/1) Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican Status. [en línea]. 14 de noviembre del 2017. [citado 27 de noviembre del 2018]. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/FiremansFinalAwardRedacted.pdf>., p.1

³⁷ BAQUERO MONTOYA, Sara María y RAMÍREZEL, Erika Mena. Fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión. [en línea].15 de octubre del 2018. [citado el 14 de mayo del 2019]. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf;jsessionid=09ABEFDE2ABFAB7C42981B0B3F93B8AF?sequence=1, p.42

³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sent. C-153 de 24 de marzo de 1994 (junio 9 del 2015).p.6

La expropiación es un acto contra la voluntad del dueño pero en provecho público o social; es una figura esencialmente distinta de derecho público, enderezada al bien de la comunidad y en virtud de la cual, por motivos superiores, la Administración toma la propiedad particular y como esta medida genera daño, éste se satisface mediante una indemnización³⁹.

Analizando estas precisiones y otras, la de José Alejandro Abusaid es una de ellas, la expropiación indirecta vendría siendo un actuar del Estado en las inversiones de extranjeros que aunque no obstruyen el derecho de propiedad tangible o intangible del dominio en una inversión, si limitan el poder y la autoridad.

La expropiación indirecta además es vista desde otras ópticas: la progresiva y la regulatoria. La una, progresiva, comprende las medidas o actos a largo plazo que finalizan en la falta de valor de las inversiones, en inglés sería *creeping expropriation*⁴⁰. De los casos más sonados de expropiación progresiva está *Generation Ukraine v. Ucrania*, caso donde el Tribunal expuso que la expropiación progresiva es un tipo de expropiación indirecta con diferencias en las cláusulas y actitudes atribuidas a los Estados. La regulatoria, en inglés *regulatory expropriation*, es una conducta del Estado emanada de sus atribuciones regulatorias que produce un impacto en las inversiones de extranjeros. Las dos, a juicio Enrique Fernández Masiá, son indirectas dados sus efectos.

Ahora bien, es posible establecer ciertos principios que permiten juzgar una acción del Estado como expropiación indirecta. Los más reconocidos se deban

³⁹ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. 11 de diciembre de 1964. Magistrado ponente: Julián Uribe Cadavid.

⁴⁰ POSADA, LÓPEZ, Sofía. La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de protección a la inversión extranjera – Su incorporación en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. [en línea]. 12 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo 2019]. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9684/u295890.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 1

al Tribunal que falló en el caso *Fireman's Fund Insurance Company vs México* el 17 de junio del 2006, a saber:

(a) La expropiación requiere la toma (misma que puede incluir la destrucción), por parte de una autoridad de tipo gubernamental, de una inversión realizada por un inversionista

(b) La inversión cubierta podrá incluir activos tangibles e intangibles.

(c) La toma deberá ser la privación sustancialmente total del uso económico y goce de los derechos de propiedad, o de distintas partes identificables de éstos (Vg., se acerca al daño total).

(d) La toma deberá ser permanente, y no efímera o temporal.

(e) La toma generalmente implica la transferencia de propiedad en favor de otra persona (frecuentemente la autoridad gubernamental implicada), pero eso no necesariamente tiene que suceder en ciertos casos (Vg., la destrucción total de una inversión debido a medidas tomadas por la autoridad gubernamental, sin transmisión de derechos).

(f) Los efectos de las medidas tomadas por el Estado receptor son dispositivas, no el objetivo subyacente, para determinar si existe o no una expropiación.

(g) La toma puede ser de jure o de facto.

(h) La toma puede ser "directa" o "indirecta."

(i) La toma puede adoptar la forma de una sola acción o de una serie de acciones, relacionadas o no relacionadas, realizadas en el transcurso de un periodo de tiempo (llamada "expropiación en etapas" ["creeping expropriation"]).

(j) Para distinguir entre una expropiación compensable y una regulación no-compensable, por parte de un Estado receptor los siguientes factores (generalmente en combinación) podrán ser tomados en consideración: si la acción se encuentra dentro de los poderes de policía reconocidos del Estado receptor; el objetivo (público) y efectos de las medidas; si la medida es discriminatoria; la proporcionalidad entre las medidas tomadas y el objetivo buscado; y que la naturaleza de la medida sea de buena fe.

(k) Las razonables “presunciones fundadas” del inversionista pudieran ser un factor relevante, para verificar si una expropiación (indirecta) ha sucedido⁴¹.

Según esta lista, la expropiación indirecta daría a lugar cuando, por ejemplo, el Estado toma a la fuerza (de facto) o por vías legales (de jure) el bien tangible o intangible. En Latinoamérica, los casos más sonados están en Venezuela, cuando el presidente Hugo Chávez expropió almacenes de la marca de ropa Tommy⁴².

De igual forma, la expropiación indirecta cabe cuando la toma del bien material o inmaterial es permanente, o sea, el inversor pierde definitivamente su inversión. Venezuela nuevamente ayuda a comprender el asunto: en el gobierno de Hugo Chávez, las autoridades se apropiaron de casi 1000 compañías extranjeras, llegando al punto de convertir un *Mcdonalds* en un monumento al dirigente y político cubano Fidel Castro⁴³. Los demás aspectos no necesitan extrapolaciones, basta con revisar sus palabras clave: privación sustancialmente total del uso económico; varias acciones o una acción, y así hasta las casi 11 ítems.

⁴¹ CIADI. Caso Fireman’s Fund Insurance Company vs México. [en línea]. 17 de julio del 2006. [citado 11 de noviembre del 2018]. Disponible: <https://www.italaw.com/documents/FiremansFinalAwardRedacted.pdf>

⁴² POSADA, LÓPEZ, Sofía. La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de protección a la inversión extranjera – Su incorporación en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. [en línea]. 12 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo 2019]. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9684/u295890.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 1

⁴³ SACO CHUNG, Víctor, Augusto. La regulación de las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones. [en línea] 12 de mayo del 2017 [citado el 14 de mayo 2019]. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10057/cabrera_gomez_regulacion_expropiaciones_indirectas_y_la_responsabilidad_patrimonial_de_la_administracion_publica.pdf?sequence=1&isallowed=y

No obstante, existe posibilidad de que la expropiación indirecta sea legítima. Por eso, el Derecho Internacional de Inversión ha dicho que deben cumplirse unas condiciones:

- a) por razones de utilidad pública
- b) de una manera no discriminatoria
- c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva
- d) de conformidad con el principio del debido proceso⁴⁴

En el caso de las razones de utilidad pública, un concepto jurídico algo indeterminado, se estaría hablando de intereses para el Estado. Los más comunes son el derecho a la vida, la seguridad nacional, la conservación del medio ambiente, etc. Algunos de estos intereses están consagrados en las Constituciones políticas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En Colombia, están estipulados en la Carta de cartas. Por citar:

ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

ARTICULO 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

⁴⁴ LÓPEZ VÉLEZ, Gary. La expropiación indirecta en el Derecho Internacional de inversiones de américa latina. Ecuador. 2012, p. 7

ARTICULO 22. La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

ARTICULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas

ARTICULO 37. Toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Sólo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho.

ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. FALTA UN ARTICULO DEL MEDIO ABIETE.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia⁴⁵.

En cambio, de una manera no discriminatoria vendría a ser una expropiación en los términos que contempla la ley y sin tratos diferentes y perjudiciales. Aquí habría que apelar a los acuerdos entre las partes y al respeto de una serie de garantías previas a la firma de Tratados Internacionales de Libre Comercio.

Del lado de la indemnización pronta, adecuada y efectiva, ello implica una compensación por daños casi al instante y muy similar a las pérdidas. Los criterios son:

En el campo internacional se habla de dos conceptos a los cuales se puede recurrir al momento de pagar la indemnización. Por un lado la doctrina Hull³⁶ que reclama un pago justo, oportuno y eficaz. Ésta es la que los países exportadores de capital demandan que se cumpla. Existe también la doctrina Calvo³⁷, que afirma el derecho a nacionalizar, requiriendo una compensación apropiada; por ella abogan los países receptores de capital, que por lo general pretenden pagos mínimos, alegando que los inversionistas extranjeros explotan y se enriquecen excesivamente⁴⁶.

⁴⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución de 1991, artículos , 1113,19,22,25,,37,43

⁴⁶ BAQUERO MONTOYA, Sara María y RAMÍREZEL, Erika Mena. Fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión. [en

Y de conformidad con el debido proceso alude al principio legal que obliga a respetar derechos.

2.1.2 Los tratados bilaterales de inversión, el blindaje contra la expropiación indirecta

Los mecanismos de defensa por los cuales las multinacionales protegen sus intereses, llamados Tratados Bilaterales de Inversión, datan de la segunda mitad del siglo XX y nacen gracias al auge del neoliberalismo, la globalización y la apertura económica. Su finalidad es muy clara: garantías relativas a un trato justo y equitativo. Quienes impulsan son países desarrollados, por lo regular los países con los inversionistas, que decidieron establecer unas reglas y medidas proteccionistas que resguardaran, en lo posible, a sus empresas y capital en el extranjero⁴⁷.

En *Tratados bilaterales de inversión: Su significado y efectos*, Arsen explica que:

La principal razón de existencia de los tratados bilaterales de inversión es evidentemente, la protección de los inversores nacionales de uno de los países signatarios en lo que se refiere a sus inversiones en el territorio del otro país signatario. En este sentido cualquier violación de lo acordado en el tratado es considerada una violación de derecho internacional, en virtud del principio *pacta sunt servanda*. En consecuencia cualquier conflicto surgido de la inversión efectuada tiene una protección especial, brindada por el tratado, de modo que el inversor es protegido doblemente: a) El Estado, del cual es nacional, tiene un vínculo jurídico internacional con el Estado en donde ha efectuado su inversión, razón por la cual en caso de conflicto, el inversor puede requerir la asistencia de su propio Estado. b) Asimismo esta clase de tratados abre la posibilidad de dirimir conflictos

línea]. 15 de octubre del 2018. [citado el 14 de mayo del 2019]. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf;jsessionid=09ABEFDE2ABFAB7C42981B0B3F93B8AF?sequence=1, p.38

⁴⁷ ARSEN, Patricia. *Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos*. [en línea]. 23 de marzo del 2017. [citado 14 de mayo 2019]. Disponible en: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>

entre un particular y un Estado, situación que resulta imposible o al menos sumamente complicada fuera del marco de esta clase de convenios⁴⁸.

Una posición similar a la de Arse es la de Gabriel M. Lentner y Sheila E. Proaño. Para estas dos pensadoras, luego de análisis profundos sobre la material, trabajos comparativos y revisión documental, los Tratados de Bilaterales de inversión son:

[...] en general protegen a inversionistas de un Estado dentro del territorio de otro. Se implementan normas que rigen el trato que el Estado receptor debe considerar en cuanto a la inversión y al establecimiento de mecanismos de solución de controversias aplicables a las presuntas violaciones de esas reglas.⁵¹ Dentro de los TBI se extienden varios derechos para el inversionista como es el derecho a un trato justo y equitativo o, inclusive el derecho a una indemnización en caso de expropiación para asegurar las inversiones.⁵² Los acuerdos de inversión han sido considerados por algunos países en desarrollo como un instrumento para atraer a la inversión extranjera⁴⁹.

Por su parte, Diego Ramos en *Introducción a los Tratados Bilaterales de Inversión* describe los Tratados Bilaterales de inversión como

[...] acuerdos internacionales que establecen un conjunto de reglas en cuanto a la relación entre los gobiernos/Estados y los inversionistas extranjeros. Se presume que su principal objetivo es garantizar la “seguridad jurídica” (concepto que no está exento de controversia). Tuvieron una particular fama durante la década de los 90s como mecanismo de atracción de inversiones, basándose en tres supuestos fundamentales:

Los tribunales internacionales son foros neutrales para dirimir controversias entre Estados e inversionistas

Toda la inversión extranjera es buena para el desarrollo

⁴⁸ ARSEN, Patricia. Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos. [en línea]. 23 de marzo del 2017. [citado 14 de mayo 2019]. Disponible en: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/anexo10-ratadosbilateralesdeinversion.pdf>, p.1

⁴⁹ LENTNER, Gabriel y PROAÑO, Sheila E. ADPIC y los Tratados Bilaterales de Inversión: la necesidad de encontrar una armonía en su aplicación. [en línea]. 17 de junio del 2017. [citado el 20 de mayo 2019]. Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisD ictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_17/iurisdictio_017_003.pdf, p.7

La firma de estos tratados es *indispensable* para atraer la inversión extranjera.⁵⁰

En cambio, el CIADI afirma que son:

[...] pactos relativos al trato por parte de un Estado de las inversiones realizadas por individuos o compañías provenientes de otro Estado. Se negocian en forma bilateral, multilateral y sectorial, y puede tratarse de un tratado autónomo o formar parte de un tratado de libre comercio. La mayoría de estos instrumentos contienen disposiciones que permiten el arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados con el auspicio del CIADI u otros mecanismos de resolución alternativa de controversias⁵¹.

En paralelo Lidia Moreno Blesa indica que:

Los BIT tienen por finalidad darle protección a la propiedad privada invertida y darle al inversionista las garantías mínimas necesarias para que pueda realizar la actividad económica que motivó la inversión, no dependiendo el inversor de su Estado para realizar las reclamaciones al Estado receptor de la inversión a través de la protección diplomática. A su vez, el fundamento económico de los BIT es conferir a las inversiones una protección confiable a través de un instrumento jurídico que no puede ser modificado unilateralmente por los Estados receptores del capital. Estos tratados otorgan garantías sustantivas y procesales mínimas claramente identificables para el inversionista. Reflejan una caracterización de inversión e inversor amplia, lo que implica incorporar dentro de la protección cualquier clase de activo, sea este tangible e intangible, fijos o acciones.⁵²

Y desde su juicio, Magdalena Bas Vilizzio afirma que los Tratados Bilaterales de Inversión son:

⁵⁰ Ramos, Diego. Introducción a los Tratados Bilaterales de Inversión. [en línea] 18 de marzo del 2018 [citado 20 de mayo del 2019]. Disponible en: <https://dolarizacion.ec/2018/03/04/introduccion-a-los-tratados-bilaterales-de-inversion/.p.1>

⁵¹ Centro Internacional de Arreglo de Relativas a Inversiones. Tratados de inversión. [en línea] 18 agosto del 2018 [citado el 20 de mayo]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/Investment-Treaties.aspx>, p.1

⁵² MORENO, BLESA, Lidia. El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes. [en línea]. 13 de marzo del 2015. [citado 23 de mayo del 2019]. Disponible en: <http://ried.unizar.es/index.php/revista/articulo/viewFile/127/67>, p.4

Concertaciones especiales entre los Estados que garantizan una serie de reglas donde el respeto, la trato justo y equitativo, la protección de los intereses de las partes, el beneficio mutuo, el desarrollo común y el crecimiento económico son la principal preocupación⁵³.

Los hitos más importantes en la materia son: la *Harvard Draft Convention On The International Responsibility of injuries to Aliens* de 1961. Con la disposición, el Derecho Internacional Económico y el Derecho de Inversiones buscan una nueva dinámica mundial cuyo principio fuese la interferencia no razonable en el uso de la propiedad privada. O sea, “ninguna de las partes tomará medida alguna que afecte directa o indirectamente, la propiedad de un nacional de otra parte”⁵⁴.

Años después, en 1992, el Banco mundial decide cavilar cómo cuidar de las inversiones que distintos emporios planeaban hacer en economías en desarrollo. Es así como diseña la Guía para el tratamiento de la Inversión Directa, un estupendo documento que entre otras cosas blindaba a las multinacionales⁵⁵. El apartado más importante dice lo siguiente:

Un Estado no podrá expropiar o tomar de otra manera, totalmente o en parte una inversión extranjera privada en su territorio, o tomar medidas que tengan efectos similares, excepto que esto se haga en concordancia con los procedimientos legales aplicables, de buena

⁵³ BAS VILIZZIO, Magdalena .Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. [en línea] .marzo 23 del 2017. [citado 21 de mayo del 2019]. Disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500233, p.23

⁵⁴ MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. [en línea]. 11 de noviembre del 2009. [citado el 30 de noviembre del 2018]. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4583-arbitraje-internacional-basado-clausulas-solucion-controversias-inversionistas>. p. 18

⁵⁵ SOLÓRZANO, QUINTERO, Juan Felipe. Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano. [en línea]. 1 de marzo del 2017. [citado el 21 de mayo del 2019]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v19n2/0124-0579-esju-19-02-00223.pdf>

fe, en razón de utilidad pública, sin que exista discriminación basada en la nacionalidad, y con el pago de una compensación apropiada⁵⁶.

A estas intenciones del Banco Mundial se suman las de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), organización fundada en 1966 cuya sede está en París, Francia, que intentó impulsar un tratado multilateral de inversión con fines proteccionistas entre 1995 y 1997. No obstante, jamás entró en vigor, pero las premisas claves son:

Ninguna Parte Contratante expropiará o nacionalizará, directa o indirectamente una inversión en su territorio de un inversor de otra Parte Contratante, o tomará ninguna medida o medidas que tengan efectos equivalentes (de aquí en adelante referidos como expropiación) excepto en los siguientes casos: a) por un propósito de interés público b) que sea realizada en forma no discriminatoria c) En aplicación del debido proceso legal d) Que exista el pago de una compensación que sea pronta, adecuada y efectiva⁵⁷.

En Latinoamérica también se han visto esfuerzos muy similares a los de Europa y Estados Unidos para proteger las inversiones. El de más impacto está dentro de la MERCOSUR (Mercado Común del Sur), liga de países como Brasil, Perú, Argentina, entre otros, con propósitos muy similares a los de la Unión Europea: incentivar el desarrollo en la región, la libre circulación de productos y la cooperación mutua entre Estados⁵⁸.

Conocido con el nombre del Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de Estados no partes del MERCOSUR, la disposición

⁵⁶ BANCO MUNDIAL. Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. [en línea]. 14 de noviembre del 1992. [citado el 29 de noviembre del 2018]. Disponible: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>

⁵⁷ PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. En: Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Vol. 39. No. 153. p. 6

⁵⁸ BAS VILIZZIO, Magdalena .Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. [en línea].marzo 23 2017. [citado 21 de mayo del 2019]. Disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&t&pid=S2304-78872015000500233, p.20

de MERCOSUR pretende cuidar las inversiones de terceros por fuera de la alianza, mientras a la par atrae capital extranjero. En sus acápites más destacados está: “C) PROTECCIÓN DE INVERSIONES.1.- Cada Estado Parte asegurará un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversores de Terceros Estados, y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce o disposición a través de medidas injustificadas o discriminatorias⁵⁹.

Sintetizando, MERCOSUR aboga por la defensa y amparo de las inversiones, con miras a un ambiente justo, de equidad y reciprocidad. Y más adelante habla puntualmente sobre las expropiaciones y sobre sus excepciones:

Ninguno de los Estados Partes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentren en su territorio y que pertenezcan a inversores de Terceros Estados, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación justa, adecuada y pronta u oportuna. El monto de dicha compensación corresponderá al valor de la inversión expropiada⁶⁰.

En contraste:

En Sudamérica, la década del noventa representa el momento de mayor auge de firma y ratificación de TBI y adhesión al CW, aun en Estados tradicionalmente partidarios de la doctrina Calvo. Una serie de factores generaron un clima propicio, comenzando por las reformas estructurales promovidas por las organizaciones económicas internacionales en el marco del llamado consenso de Washington, que, entre otros puntos, propulsaron la desregulación del mercado, la apertura comercial mediante la rebaja de aranceles y eliminación de barreras no arancelarias, la privatización de servicios públicos y la liberalización de las barreras a la inversión extranjera directa (IED). En este marco, los TBI tienen como objetivo compensar los riesgos políticos o no comerciales, especialmente en países en desarrollo, evitando cualquier cambio en la legislación

⁵⁹ MERCOSUR. protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de estados no partes del MERCOSUR. [en línea]. 13 de marzo del 1993. [citado 1 de diciembre]. Disponible en http://www.sice.oas.org/Trade/go3/text2_.p.23

⁶⁰ *Ibíd.*p.25

nacional que sea factible de afectar tales inversiones y generando un clima de seguridad política para el inversor⁶¹.

En Colombia, los tratados bilaterales de inversiones se dan con la Constitución de 1991, pese a antecedentes en los 80's, y al neoliberalismo impulsado por el ex presidente César Gaviria⁶². Bien lo dice Bernardo Vela Orbegozo en *La Constitución de 1991 y la política exterior colombiana*:

El establecimiento en 1991 de los principios que rigen la política exterior colombiana permite constatar que nuestros constituyentes habían considerado los profundos cambios que en el mundo moderno están sufriendo el Estado y las relaciones internacionales. Estos principios, que se refieren a la necesidad de abrir nuestro país al mundo de manera creativa, llevaron al gobierno de la época a proponer un corolario oportuno y pertinente: la *universalización de las relaciones internacionales*⁶³.

De todas formas, el año puntual es 1994 y el acontecimiento es el Tratado de Libre Comercio G3, o el grupo de los tres, Venezuela, Colombia y México. Los artículos sobre la expropiación y la protección de las inversiones extranjeras son el 17 y el 18, artículos que dan cuenta de la implementación de las dinámicas geopolíticas de los años 90 en Colombia.

2.2 EN EL CASO DE COLOMBIA

2.2.1 La responsabilidad en el Derecho Internacional

De acuerdo a la controversia y a los argumentos de Eco Oro, Colombia estaría irrespetando un acuerdo, o sea sería responsable de un ilícito. Pero ¿qué es

⁶¹ BAS VILIZZIO, Magdalena .Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. [en línea].marzo 23 2017. [citado 21 de mayo del 2019]. Disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500233, p.23

⁶² VELA, ORBEGOZO, Bernardo. La Constitución de 1991 y la política exterior colombiana. [en línea]. 28 de diciembre del 2017. [citado 20 de mayo del 2019]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/501/479/>, p. 1

⁶³Ibíd., p. 1

responsabilidad en el Derecho Internacional? En primera instancia la palabra responsabilidad proviene del latín *respōnsum*, supino de *responderē*, expresión que remite a responder en cuanto a obligarse por el simple hecho de cumplir un compromiso⁶⁴. Introduciendo estas ideas al Derecho Internacional, la responsabilidad vendría siendo el cumplimiento de un Estado en razón de un compromiso adquirido con antelación. Y según el artículo 1 de la Comisión de Derecho Internacional, la responsabilidad nace de la ilicitud de un hecho internacional. Las ideas textuales son estas:

ARTÍCULO 1

Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos

Todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado genera su responsabilidad internacional.⁶⁵

La declaración anterior, implica un Estado infractor y un Estado lesionado o víctima. Además, que la responsabilidad por el ilícito surge de una relación entre las partes donde el principio de la buena fe es garantía de transparencia y compromiso en cuanto a las obligaciones adquiridas.

Los elementos del ilícito, bien sea por acción u omisión, son varios: violación internacional y atribución del hecho al Estado infractor. En el primer aspecto, se estaría aludiendo a una falta estipulada por las leyes internacionales que va en contra de lo establecido; en el segundo, un comportamiento con pruebas suficientes para demostrar la conducta del trasgresor. Los términos puntuales son estos:

ARTÍCULO 2

Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

⁶⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario de la lengua española. [en línea] enero del 2018 [citado 20 de mayo del 2009]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?w=responsabilidad>, p.1

⁶⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de derecho internacional. 2001, Artículo 1, p.115

Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

- a) Es atribuible al Estado según el hecho internacional; y
- b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado⁶⁶

Al ser un artículo trascendental en el Derecho Internacional Público, la Corte Internacional de Justicia (CID) hizo referencia en varias controversias y de varias formas, llegando al punto de determinar que la atribución es responsabilidad objetiva y la violación subjetiva (subjetiva en razón de la intención o conocimiento de los actos, objetiva porque los conocimientos de los actos pueden no venir al caso)⁶⁷.

No obstante, la Comisión de Derecho internacional dictaminó unos escenarios donde la responsabilidad desaparece y la ilicitud igual. Ellos son: a) Consentimiento. Al respecto el artículo 20 es contundente: “Consentimiento. El consentimiento válido de un Estado a la comisión por otro Estado de un hecho determinado excluye la ilicitud de tal hecho en relación con el primer Estado en la medida en que el hecho permanece dentro de los límites de dicho consentimiento”⁶⁸.

b) Legítima defensa, o sea una lucha contra un agente o peligro. La propuesta de la CID está en el artículo 21: “ARTÍCULO 21. Legítima defensa La ilicitud del hecho de un Estado queda excluida si ese hecho constituye una medida lícita de legítima defensa tomada de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”⁶⁹.

⁶⁶ *Ibíd.* Artículo 2, p.119

⁶⁷ DÍAZ INVERSO, Rodrigo. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados. En: Revista de derecho público. 2015. No.47, p.10

⁶⁸ *Ibíd.* Artículo 20,p.203

⁶⁹ *Ibíd.* Artículo 21,p.204

c) Contramedidas por un hecho internacionalmente ilícito. El artículo 22 de la CID interpreta esta cláusula así:

ARTÍCULO 22

Contramedidas en razón de un hecho internacionalmente ilícito

La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional suya para con otro Estado queda excluida en el caso y en la medida en que ese hecho constituya una contramedida tomada contra ese otro Estado de conformidad con el capítulo II de la tercera parte⁷⁰.

D) Fuerza mayor. En líneas generales la fuerza mayor es una causa que conduce a cierta conducta y estado. La CID dice de la fuerza mayor:

ARTÍCULO 23

Fuerza mayor

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con la obligación internacional de ese Estado queda excluida si ese hecho se debe a una fuerza mayor, es decir, a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación.

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de fuerza mayor se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) El Estado ha asumido el riesgo de que se produzca esa situación⁷¹.

E) Peligro extremo. Con peligro extremo la CID menciona las circunstancias donde la vida y estabilidad del Estado corre peligro. Los pormenores están en el artículo 24, artículo que describe el asunto en estas líneas:

ARTÍCULO 24

Peligro extremo

⁷⁰ *Ibíd.* Artículo 22, p. 210

⁷¹ *Ibíd.* Artículo 23, p. 212

1. La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una ligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado

2. El párrafo 1 no es aplicable si:

a) La situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca; o

b) Es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor.⁷².

La última es el estado de necesidad, el artículo 25 de la CID, una causal de ausencia de ilicitud, a la vez de responsabilidad, que parece ser el motivo por el cual Colombia incumplió sus obligaciones contractuales con Eco Oro y a la vez con Canadá.

2.2.2 Estado de Necesidad

La ley es poderosa, pero más poderosa es la necesidad.

Johann Wolfgang Goethe

De acuerdo a los hechos descritos en el capítulo uno, la sentencia C 035/ 2016 y la Resolución 2090 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible llevan a pensar que Colombia frenó las actividades de Eco Oro por una razón: la protección del medio ambiente y por inmediatez la protección de otros derechos, todo porque reconoció un peligro inminente y un escenario en el cual corrían riesgos ciertos bienes jurídicos (derecho a la vida, derecho a la salud, derecho al medio ambiente, etc.). En el Derecho Internacional, a esto se le conoce como estado de necesidad, una cláusula jurídica que exime de compromiso a los gobiernos solamente de manera temporal porque la obligación no desaparece.

⁷² *Ibíd.* Artículo 25, p. 216

Para teóricos del Derecho Internacional, Bas Vilizzio Magdalena es uno, el estado de necesidad viene discutiéndose con mucho interés desde los años 90 como una circunstancia que exonera de cualquiera ilicitud por el incumplimiento de una obligación internacional. En Rodrigo Díaz Inverso el estado de necesidad es “un instituto con características comunes a las otras circunstancias que excluyen la ilicitud de un acto no conforme con las obligaciones internacionales del Estado que lo realiza (la legítima defensa, las contramedidas, el consentimiento, la fuerza mayor y el peligro extremo)”⁷³.

Asimismo, James Crawford comenta que “por la expresión “estado de necesidad” se designan los casos excepcionales en que la única forma que tiene un Estado de salvaguardar un interés esencial amenazado por un peligro grave e inminente es, de momento, no cumplir otra obligación internacional de menor importancia o urgencia”⁷⁴. O sea, en el estado de necesidad existe un motivo por el cual es posible y válido incumplir un deber.

En una línea argumental parecida está Sticca. Para la argentina, el estado de necesidad:

[...] ha sido definido de distintas maneras a través de los años y presenta un perfil particular según la rama jurídica que lo aborde. Algunos doctrinarios contemporáneos han señalado que puede actuar como excusa o como justificación... La Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas ha conceptualizado a la “necesidad del Estado” como una situación de peligro extremo pero no para la vida de los individuos, sino para la existencia del propio Estado, su supervivencia política o económica, para la continuidad del funcionamiento de sus servicios esenciales, para el mantenimiento de la paz interna, para la

⁷³ DÍAZ INVERSO, Rodrigo. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados. En: Revista de derecho público. 2015. No.47,p.7

⁷⁴ CRAWFORD, James. Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Editorial DYKINSON, S.L. 2004, p.221

supervivencia de un sector de su población, la preservación del medio ambiente de su territorio o parte de él⁷⁵.

En cambio, Logioco explica que:

Podemos definir el estado de necesidad como aquél en el que no existe otro remedio más que la vulneración del interés jurídicamente protegido de un tercero ante una situación de peligro actual de los intereses propios, así mismo, tutelados por el Derecho. Son, pues, dos notas las que caracterizan el estado de necesidad:

- a) Colisión de bienes jurídicamente protegidos.
- b) Inevitabilidad del mal ocasionado

En cuanto a su fundamento, no es de extrañar que se hayan formulado numerosas teorías. Así las que hablan de decaimiento de la Ley Positiva ante la Natural, la que la basan en el instinto de conservación, etc.⁷⁶

El 12 de diciembre del 2001 es el año en que la Asamblea general de la ONU aprobó la resolución N° 56/83 por medio de la que establece un articulado sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, presentados por la Comisión de Derecho Internacional, y los señala a la atención de los gobiernos, sin perjuicio de la cuestión de su futura aprobación o de otro tipo de medida. Estas son las ideas:

Artículo 25 Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

⁷⁵ STICCA, María Alejandra. Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho internacional público. [en línea]. 20 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo del 2019]. Disponible en: www.acaderc.org.ar/...del-estado-de-necesidad-en...derecho-internacional-publico/.../file.p. p. 20

⁷⁶ LOGIOCO, Lucas. Usurpación y estado de necesidad. [en línea]. 13 de marzo del 2017. [citado el 20 de mayo del 2019]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina40149.pdf>. p. 3

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad⁷⁷.

Por otra parte, el estado de necesidad presenta ciertas características, a saber: emerge ante el incumplimiento de una obligación internacional; no es una reacción contra un ilícito; es un gesto voluntario; es excepcional; genera efectos; es una norma consuetudinaria; y su configuración concreta debe someterse a revisión jurisprudencial⁷⁸.

Emerge ante el incumplimiento de una obligación internacional

Emerge ante el incumplimiento de una obligación internacional porque se invoca a modo de excusa para X o Y conducta. Para la Comisión de Derecho Internacional es una especie de norma secundaria que opera ante la violación de una primaria y convierte lo ilícito en lícito⁷⁹.

⁷⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. 2001, p.221

⁷⁸ STICCA, María Alejandra. Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho internacional público. [en línea]. 20 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo del 2019]. Disponible en: www.acaderc.org.ar/...del-estado-de-necesidad-en...derecho-internacional-publico/.../file.p. 30

⁷⁹ DÍAZ INVERSO, Rodrigo. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados. En: Revista de derecho público. 2015. No.47, p.9

No es una reacción contra un ilícito

No es una reacción contra una falta porque quien apela al estado de necesidad no encuentra como tal un motivo. O sea, no es una respuesta ante ataques o sanciones sino, más bien, una excusa.⁸⁰

Es un gesto voluntario

Es gesto voluntario porque el Estado que recurre a la causal de ilicitud goza de pleno dominio de sus facultades y de autonomía para decidir sobre sus acciones. Rodrigo Díaz Inverso expresa que el “Estado que actúa por necesidad no está compelido a actuar así, se encuentra en una situación de peligro tal que la única forma de salvaguardar el interés esencial, es violando una obligación internacional; pero su libre voluntad no está anulada, a diferencia de lo que sucede en la fuerza mayor”.⁸¹

Es excepcional

Es excepcional en tanto es extraordinaria y no nace de conducta alguna, sino, más bien, de un gesto voluntario y no coercitivo. No obstante, implica un perjuicio para una de las partes sin razón o ilícito.⁸²

Genera efectos

Por efectos se entienden consecuencias del estado de necesidad para las partes⁸³.

⁸⁰ *Ibíd.* p.221

⁸¹*Ibíd.* p.53

⁸² STICCA, María Alejandra. Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho internacional público. [en línea]. 20 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo del 2019]. Disponible en: www.acaderc.org.ar/...del-estado-de-necesidad-en...derecho-internacional-publico/.../file.p. 19

⁸³ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. 2001, p.221

Es una norma consuetudinaria

Con el estallido de la economía de mercados, el estado de necesidad pasó a ser una figura muy utilizada en el Derecho Internacional Público y a participar en diversos escenarios y circunstancias fácticas, en otras palabras adquirió un estatus de costumbre en el Derecho Internacional. Un Ejemplo está en el caso Hungría vs Checoslovaquia hacia principios de los años 90, cuando Hungría, después de ciertas circunstancias, decidió cancelar los trabajos en Rio Danubio y ante la Corte Internacional de Justicia arguyó estado de necesidad.⁸⁴

Su configuración concreta debe someterse a revisión jurisprudencial

Aunque son los Estados quienes invocan la eximente de responsabilidad, ello no significa que sean los únicos jueces de su validez. Por lo tanto, es menester un arbitraje externo que juzgue la congruencia de la invocación⁸⁵.

Si estos son los rasgos que permiten identificar y limitar a la vez el concepto de estado de necesidad en el ámbito internacional y en las controversia en cuanto a inversiones, se necesitan de unos requisitos *sine qua non* es casi imposible configurar la causal de ilicitud y por tanto de ausencia de responsabilidad. El primero de ellos es de carácter esencial del interés protegido. Según, Jorge E. Viñuales en *Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad*, el interés protegido es cualquier bien jurídico visto por el Estado como esencial, lo que puede ser la seguridad nacional, la estabilidad económica, etc. Bien lo dice Viñuales: “el interés esencial puede también referir a la continuidad de los servicios públicos esenciales del Estado, el mantenimiento de la paz interna, la supervivencia de

⁸⁴ DÍAZ, INVERSO, Rodrigo. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados. En: Revista de derecho público. 2015. No.47, p.7

⁸⁵ *Ibíd.*, p.23

un sector de la población, la protección del medio ambiente en su territorio, etc.”⁸⁶

Pero estos intereses esenciales, o lo que es lo mismo la esencialidad, deben identificarse paso a paso y de acuerdo al contexto y circunstancias. Los mecanismos, lamentablemente, aún no están formulados en general por la jurisprudencia internacional, por lo que todavía caben dudas sobre cuándo vale el estado de necesidad y cuándo no.

El segundo es el peligro grave e inminente. En efecto, el estado de necesidad implícitamente tiene connotaciones de riesgo y contingencia, que actuar de cierto modo es apodíctico. Una muestra conocida de peligro inminente está en uno de los casos más sonados en el Derecho Internacional: Hungría vs Checoslovaquia. Según los hechos, Hungría apeló al estado de necesidad por un peligro inminente y gravísimo: la protección del medio ambiente y de una vez la protección de los húngaros.

El tercer elemento es el único modo de salvaguardarlo. En líneas generales, significa que la solución adoptada en un momento de crisis es precisamente la única por la cual el Estado, en apariencia infractor, puede cuidar el interés esencial. Por supuesto, la acción es susceptible de ser bilateral, ya que puede incluir otras conductas de acompañamiento de los Estados involucrados. Para Rodrigo Díaz Inverso “cabe destacar con respecto a este requisito, que los tribunales internacionales no siempre se detienen a ejemplificar cuáles pudieron haber sido los otros medios existentes a los cuales el Estado infractor, pudiendo acudir, no acudió”⁸⁷

⁸⁶VÍÑUALES Jorge. Las cuestiones medioambientales y el concepto de estado de necesidad. En: Revista de derecho público. 2015. Vol. 23.p.57

⁸⁷ DÍAZ INVERSO, Rodrigo. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. 2015.p.60

El cuarto elemento es el balance, pero para pensadores como Rodrigo Díaz, Roberto Ago y James Crawford⁸⁸ el balance simplemente es no violar el interés esencial de otro Estado. De lo que se trata, entonces, es de que el bien jurídico por el cual nació el estado de necesidad sea mayor al bien vulnerado de la contra parte. No obstante, el equilibrio no aplicaría solo si:

- a) se afecta un interés esencial del otro Estado⁸⁹ (la seguridad nacional, economía, derecho a la vida, etc.),
- b) se afecta un interés esencial de la comunidad internacional en su conjunto⁹⁰
- c) se viola una obligación que por su naturaleza no admite excepciones a su cumplimiento⁹¹, incluyendo normas imperativas de Derecho internacional General o *jus cogens* (artículo 26).

Y por último, la participación del Estado que alega causal de ilicitud debe ser nula. Dicho de otra manera, el estado de necesidad no puede ser producto de acciones del mismo Estado. La doctrina inglesa de *clean hands* (las manos limpias) sirve para reconocer que es impensable invocar la ilicitud de la acción si a sabiendas el gobierno actúo deliberadamente o con miras a buscar la licitud de su proceder (terminar concesiones, revocar permisos, incumplir TLC, etc.). Claro está, aquí entra en acción el principio de buena fe.⁹²

⁸⁸ CRAWFORD, James. Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Editorial DYKINSON, S.L. 2004, p.222

⁸⁹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. 2001, Artículo 25, p.221

⁹⁰ *Ibíd.* Artículo 25, p. 221

⁹¹ *Ibíd.* Artículo 26 ,p.222

⁹² STICCA, María Alejandra. Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho internacional público. [en línea]. 20 de febrero del 2018. [citado el 20 de mayo del 2019]. Disponible en: www.acaderc.org.ar/...del-estado-de-necesidad-en...derecho-internacional-publico/.../file.p. 100

CAPÍTULO III. LA ARGUMENTACIÓN DE LAS PARTES ANTE EL CIADI

En esta sección, la idea es precisar cuáles pueden ser los argumentos tanto de Eco Oro como de Colombia para buscar un fallo a favor ante el CIADI después de conocer las dos figuras por las cuales uno decidir elevar una reclamación internacional y otro suspender las actividades extractivas de la multinacional e incumplir con los acuerdos. No obstante, primero conviene precisar qué es el CIADI y por qué está inmiscuido en estas controversias.

3.1 QUÉ ES EL CIADI

El CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, es una entidad adscrita al Banco Mundial con sede en Washington, Estados Unidos de Norteamérica, fundada el 14 de octubre de 1966. Su misión es arbitrar una solución a las controversias en materia de inversión internacionales y elaborar estudios académicos en relación a la legislación de arbitraje⁹³.

Para Taléns:

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) nació por mor del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados con fecha de 18 de marzo de 1965, realizado en Washington, D.C. El CIADI está inscrito al Banco Mundial y persigue facilitar las inversiones internacionales al contemplar un mecanismo para resolver las controversias que dimanen de ellas, y preservar un foro neutral y

⁹³ CIUTAD, VALVERDE, José Ignacio. El arbitraje en materia de inversiones internacionales, el CIADI. [en línea]. 17 de marzo del 2017. [citado el 23 de mayo del 2019]. Disponible en: https://www.academia.edu/37454041/EL_ARBITRAJE_EN_MATERIA_DE_INVERSIONES_INTERNACIONALES_EL_CIADI, p.10

autónomo que mantenga el equilibrio entre los inversionistas y los Estados⁹⁴.

Al revisar los documentos de la entidad, la misma indica que:

El propósito del CIADI no es otro que servir a la promoción de las inversiones extranjeras en otros países, particularmente en los que se pueden catalogar de emergentes, con la finalidad de contribuir al desarrollo económico a través de la cooperación internacional. Al respecto, son muy numerosos los Acuerdos Internacionales suscritos entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del que es nacional el inversor extranjero, los denominados Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones Extranjeras (APPRI), que contienen cláusulas de resolución de controversias a través del recurso al CIADI ⁹⁵.

Consideración similar sobre los propósitos está en José Ignacio Ciudad Valverde. Para él:

De acuerdo con el Informe de los Directores Ejecutivos, del 18 de marzo de 1965, la finalidad del CIADI es doble: por un lado, se crea una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones y por otro, se busca promover un ambiente de confianza mutua y en consecuencia estimular el libre flujo de capital privado internacional hacia los países que deseen atraerlo⁹⁶.

La imagen del CIADI está formada por el ícono de lo que parece ser un globo terráqueo y las palabras que identifican al acrónimo. Así es conocida la entidad:

⁹⁴ TALÉNS, VISCONTI, Eduardo Enrique. Los requisitos de acceso al Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI). [en línea]. 18 de julio del 2014. [citado 24 de mayo del 2019]. Disponible en: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a15.pdf>, p.3

⁹⁵ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Presentación del CIADI. [en línea].13 de abril del 2016 [citado 22 de mayo del 2019]. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Documents/ICSID_Primer_SPANISH%201.16.19.pdf, p.8

⁹⁶ CIUTAD, VALVERDE, José Ignacio. El arbitraje en materia de inversiones internacionales, el CIADI. [en línea].17 de marzo del 2017. [citado el 23 de mayo del 2019]. Disponible en: https://www.academia.edu/37454041/EL_ARBITRAJE_EN_MATERIA_DE_INVERSIONES_INTERNACIONALES_EL_CIADI, p.12



Imagen 3. CIADI

Fuente: Tomado de ICSID

El nacimiento del CIADI se debe a las transformaciones del mercado internacional y a la globalización de la segunda mitad del siglo XX. Sin embargo:

[...] el crecimiento de las inversiones extranjeras directas, con su particular incidencia en el desarrollo de las economías, tanto nacionales como regionales, sobre todo en los países en desarrollo...materializó el flujo de capital que ha necesitado de seguridad jurídica y un marco de transparencia y certidumbre que aseguren al inversor un trato justo y equitativo, dando verdadero origen a el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁹⁷.

Su estructura está compuesta por un conjunto de cargos con sus respectivas funciones y obligaciones. Por eso:

El CIADI cuenta con un Consejo Administrativo y un Secretariado. Cada Estado Miembro del CIADI tiene una plaza, y un voto, en el Consejo Administrativo. El Consejo Administrativo no desempeña ningún rol en la administración de los casos individuales. Por el contrario, su mandato consiste en abordar cuestiones organizativas relacionadas con el marco institucional del CIADI. El Secretariado del CIADI está compuesto por alrededor de 70 profesionales que administran casos de arbitraje y conciliación, y brindan servicios de soporte para otras actividades del CIADI. Está liderado por una Secretaria General, que es representante legal del CIADI, registradora de los procedimientos y la funcionaria de más alto rango del Centro. El CIADI es una de las cinco organizaciones que

⁹⁷ MORENO, BLESÁ, Lída. El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes. [en línea]. 13 de marzo del 2015. [citado 23 de mayo del 2019]. Disponible en: <http://ried.unizar.es/index.php/revista/articulo/viewFile/127/67>, p.13

conforman el Grupo del Banco Mundial. No obstante, los casos CIADI se encuentran separados de la labor del Banco Mundial y son independientes de éste⁹⁸.

El porqué los Estados y los inversionistas eligen el CIADI se debe a que la institución es:

[...] la única entidad diseñada tomando en consideración las características especiales de las diferencias relativas a inversiones internacionales, y por ende, sus reglas están redactadas estableciendo un equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados. Asimismo, el arreglo de diferencias en el seno del CIADI es eficaz y con efectividad en los costos, y, por lo tanto, accesible para una amplia gama de inversionistas, incluidas muchas pequeñas y medianas empresas⁹⁹.

3.2 ECO ORO

La queja fundamental de Eco Oro, después de la expropiación indirecta, es el trato poco justo y equitativo del Gobierno Colombiano. Las razones son estas:

A) la sanción de la ley 1450 del 2011, ley que desde un principio prohibía la explotación de los páramos y negaba derechos a aquellas multinacionales que antes del 2011 tuviesen concesiones. En esta ley, el artículo 202 también buscaba delimitar los páramos a través de un estudio (a escala 1:25.000) del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Territorial, hoy llamado Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y así, de alguna manera, salvaguardar los intereses de multinacionales con capital en Santander. El comentario es este:

Artículo 202. Los ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. La

⁹⁸ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Presentación del CIADI. [en línea].13 de abril del 2016 [citado 22 de mayo del 2019]. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Documents/ICSID_Primer_SPANISH%201.16.19.pdf, p.8

⁹⁹ libd.p.9

delimitación será adoptada por dicha entidad mediante acto administrativo¹⁰⁰.

Más adelante, el párrafo segundo deja por escrito que es posible obstaculizar cualquier quehacer de nacionales o extranjeros dentro de la zona protegida. Además, llegado el caso, el gobierno nacional tendrá tres meses a partir de la promulgación de la ley para fijar criterios o procedimientos en relación con los páramos santandereanos y otros. Acá las consideraciones:

PARÁGRAFO 2o. En los ecosistemas de humedales se podrán restringir parcial o totalmente las actividades agropecuarias, de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. El Gobierno Nacional dentro de los noventa (90) días calendario siguientes a la expedición de esta Ley reglamentará los criterios y procedimientos para el efecto. En todo caso, en humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la convención RAMSAR no se podrán adelantar dichas actividades¹⁰¹.

Sin embargo, dicho Ministerio, por un lado, no delineó el área del Páramo de Santurbán, por lo cual impidió a Eco Oro ejercer sus derechos y permisos en el proyecto de Angostura. Por el otro, tiempo después, a la luz de la ley 1450, el 27 de agosto del 2012, la Agencia Nacional de Minería de Colombia (ANM) rechazó la solicitud de una prórroga por dos años para continuar con sus tareas de exploración.¹⁰².

B) En el 2013, la Corporación Autónoma para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, por cuenta propia, decidió fijar los límites del páramo y poner

¹⁰⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1450 (11 de junio del 2011), Artículo 202

¹⁰¹ Ibíd. Artículo 202, párrafo 2.

¹⁰² Si bien ANM acordó con Eco Oro revocar su decisión con motivo de un recurso de reposición el 12 de septiembre del 2012, la ANM dispuso que la multinacional no llevase a cabo actividades extractivas hasta que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo sostenible delimitase con exactitud el ecosistema de páramos, situación que frenó, en gran medida, el proyecto de Angostura.

fin a cualquier actividad minera. Por ende, el proyecto de Eco Oro quedó congelado.

En contraposición, Eco Oro decide realizar un estudio para así determinar si la Corporación Autónoma para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga tiene razón. La empresa responsable del informe es Ecodes ingeniería L.T.A., una firma de gran reputación en Colombia que realiza un detallado análisis de la situación. Los resultados del trabajo, enviados al Ministerio de Ambiente y Desarrollo, revelan que el yacimiento de Angostura está por fuera del páramo, más las dilaciones continúan y la multinacional canadiense pierde tiempo y dinero.

C) En el 2014 el Ministerio de Ambiente y Desarrollo anuncia la delimitación del Páramo de Santurbán, no obstante, Eco Oro no accede a la información y a las coordenadas oficiales y ni recibe razón alguna del Gobierno. Para agravar la situación, el 19 de diciembre del mismo año el Ministerio de Ambiente y Desarrollo promulga la resolución 2090, resolución con un objetivo muy claro: precisar dónde inicia y termina Santurbán. Aun así, la multinacional Canadiense continúa sin conocer si puede o no gozar de sus derechos de superficie y de explotación.

D) Para el 2015 el Congreso promulga la ley 1753. En ella, el Gobierno Nacional reitera las disposiciones del Ministerio de Ambiente y Desarrollo incluidas en la resolución 2090, entre las que se encuentran prohibir la minería en el área de páramo excepto para aquellas empresas con permiso otorgado antes del 9 de febrero del 2010. Sin embargo, el Gobierno colombiano mantiene su secretismo y Eco Oro ignora las causas.

E) El 8 de febrero del 2016 la Corte Constitucional emitió la sentencia C-035. En el pronunciamiento, dictamina que ciertas excepciones a las prohibiciones

generales de explotación minera atentan contra la Constitución, por lo cual Eco Oro, desde la fecha, encuentra baches para emprender cualquier actividad en el Páramo de Santurbán, pese a que la empresa adquirió títulos y concesiones antes del 9 de febrero del 2010.

F) Como establece el artículo 821 (2) (c) (ii) del tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, Colombia violó el TLC mediante ciertos actos y omisiones, por ejemplo negar información. De igual forma, la inversión de Eco Oro, a la luz del TLC, es una inversión protegida por el artículo 801 (2) y 839 del TLC, según:

[...] 1) intereses emanados de compromisos de capital o de otros recursos en el territorio de [Colombia] para el desarrollo de una actividad económica en dicho territorio, como los derivados de (i) contratos que involucren la presencia de propiedad de [Eco Oro] en el territorio de [Colombia], incluyendo contratos de construcción, o de llave en mano, concesiones, (ii) contratos donde la remuneración dependa de sustancialmente de la producción, rentas o ganancias de la empresa; y 2) cualquier otro derecho de propiedad intangible o tangible , sobre bienes muebles o inmuebles , y otros derechos de propiedad relacionados o adquiridos con la expectativa o con el propósito de ser usado para beneficio económico u otros propósitos¹⁰³.

Y por el artículo 805 del mismo tratado, artículo que obliga a Colombia a “otorgar a las inversiones cubiertas un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario; incluido el trato justo y equitativo”¹⁰⁴.

Con estos y otros argumentos, *verbi gracia* los comentarios del el ex Procurador General de la Nación, el Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, quien se pronunció al respecto a favor de la misma multinacional afirmando que las dilaciones y falta de comunicación entre el Gobierno colombiano y la empresa

¹⁰³ TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COLOMBIA Y CANADÁ. Inversión. Artículo 803, p 34.

¹⁰⁴ *Ibíd.* Artículo 805, p.38.

canadiense demuestran una “inseguridad jurídica” que no conviene para la economía local, Eco Oro elevó su queja ante el CIADI de acuerdo al poco trato justo y equitativo, así que puntualizar qué es precisamente esta figura es mostrar la estrategia de la multinacional.

3.2.1 Trato justo y equitativo en el Derecho internacional

Por trato justo y equitativo los juristas internacionales entienden una serie de reglas o fundamentos aplicables a las inversiones de extranjeros en los países receptores de las mismas. En su texto *Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera, relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile, análisis jurisprudencial*, Cristóbal de La Cerda Olivos y Mónica Goldemberg Peñafiel indican que el trato justo y equitativo es una máxima que todo Estado debe cumplir si busca buenas relaciones con sus pares y la garantía de inversiones futuras en el territorio. A su vez, comentan los autores que:

Este principio es componente esencial de los más importantes Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones. Asimismo, todos los Tratados de Libre Comercio incluyen una cláusula de “tratamiento Justo y Equitativo” en los capítulos referidos a la Inversión Extranjera que hacen aplicación de este concepto, pero sin entregar una definición¹⁰⁵.

También está la posición de Yenifer Siomara Rodríguez Ariza y Mary Leidy Triviño Castillo. Para estas pensadoras, colombianas por cierto, el trato justo y equitativo se asocia a un conjunto de preceptos, casi morales, que guían la amistad de un Estado que decidió invertir en otro Estado, esperando así unas mínimas condiciones que aseguren el normal desarrollo del capital¹⁰⁶.

¹⁰⁵ LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDEMBERG PEÑAFIE, Mónica. Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera, relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile, análisis jurisprudencial. [en línea] 13 de octubre del 2004. [citado el 26 de diciembre del 2018]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112476>, p. 5

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ ARIZA, Yenifer Siomara y Triviño Castillo. Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. [en línea]. 25 de agosto del 2015. [citado 23

Otra manera de entender el trato justo y equitativo es esta:

Tratamiento de la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar la inversión. Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de forma que este pueda conocer de manera anticipada para conocer sus actividades y ajustar su conducta, no solo a las normas y reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normatividad y las prácticas o directivas que les son relevantes¹⁰⁷.

En síntesis, el trato justo y equitativo es un estándar de comportamiento que rige las inversiones, y por el cual el emisor espera garantías o actitudes permanentes para recibir aquello que merece, sin distinción alguna.

En cuanto a su origen, este se da en la década de 1940 después de la Segunda Guerra Mundial. Por aquel entonces, la recién fundada liga de las naciones, Organización de las Naciones Unidas (ONU), piensa en cómo proteger a aquellos países desarrollados que desean invertir en países en vías de desarrollo. El resultado, la Carta de la Habana para una organización de comercio internacional, suscrita en el 1948.¹⁰⁸

En la Carta, el artículo 11 contempla un instrumento de protección a los capitales foráneos con miras a un trato justo y equitativo en distintas escalas,

de diciembre del 2018]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6732/MONOGRAF%CDA%20INTERPRETACI%D3N%20DEL%20EST%C1NDAR%20DEL%20TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf;jsessionid=F8152201BC8CF8A334D0CBC2AE328EC7?sequence=1>, p.55

¹⁰⁷ CIADI. Técnicas medio ambientales Tecme S.A c Estados Unidos Mexicanos. [en línea]. 29 de mayo del 2003. [citado el 4 de enero del 2019]. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>, p.50

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ ARIZA, Yenifer Siomara y Triviño Castillo. Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. [en línea]. 25 de agosto del 2015. [citado 23 de diciembre]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6732/MONOGRAF%CDA%20INTERPRETACI%D3N%20DEL%20EST%C1NDAR%20DEL%20TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf;jsessionid=F8152201BC8CF8A334D0CBC2AE328EC7?sequence=1>, p.55

escalas que van desde la empresarial, salida y entrada de capitales y tecnología, hasta cualquier otra exigencia del gobierno inversionista. La sección A de dicho artículo explica: “[...] ningún Miembro deberá tomar dentro de su propio territorio medidas irrazonables o injustificadas que sean perjudiciales a los derechos o intereses que los nacionales de otros Miembros tengan respecto a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes o a la tecnología que hubieren facilitado”¹⁰⁹. El hito, marca un derrotero que seguirán otros países y organizaciones y a la vez una nueva forma de salvaguardar grandes sumas de dinero y maquinaria en posesión de terceros.

Otro antecedente del trato justo y equitativo está en la Novena Conferencia Mundial de Estados Americanos de 1948, la cual suscribió el Acuerdo Económico de Bogotá. En la reunión, los Estados participantes establecen en el artículo 22 de las actas que las relaciones justas y gestos de camaradería entre emisores y receptores de inversiones son una obligación. Estas son las frases al pie de la letra:

Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado.¹¹⁰

Para los años 60, gracias el cambio económico de las súper potencias, el trato justo y equitativo logra un estatus importante en el Derecho internacional. Por eso, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD) formuló un borrador en la materia llamado Convención sobre protección de la inversión extranjera donde en el artículo 1 afirma: “Cada parte deberá asegurar en todo momento un trato justo y equitativo a la propiedad de los nacionales

¹⁰⁹ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y EMPLEO. Carta de la Habana para una organización de comercio internacional. 1948, artículo 12

¹¹⁰ NOVENA CONFERENCIA MUNDIAL DE ESTADOS AMERICANOS. Acuerdo Económico de Bogotá. 1948, artículo 22.

de otros estados parte...”¹¹¹. Si bien la propuesta nunca fue firmada ni tampoco aprobada, de todos modos es un referente que permite enfatizar en la necesidad de incluir cláusulas referidas a un comportamiento acorde con las situaciones.

3.2.2 Aspectos generales del trato justo y equitativo

Aunque el trato justo y equitativo carece de una definición unívoca y establecida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en la actualidad es una costumbre admitida por los Estados que tiene formas y particularidades especiales. En el caso de las formas, tres son sus orígenes: estándar mínimo de Derecho Internacional consuetudinario, estándar exigible con relación al Derecho Internacional y todas sus fuentes, y estándar con contenido independiente. Para mayor comprensión, este es el análisis de cada una¹¹².

El trato justo y equitativo como estándar mínimo de Derecho Internacional consuetudinario

El trato justo y equitativo se rige por la costumbre cuando los Estados han reconocido que determinada práctica es legalmente obligatoria, es decir, emana de una especie de fuente que bien puede llamarse “opinio iuris”¹¹³. En este caso, no es necesario que todos los Estados admitan cierto proceder pero si la gran mayoría, por eso es una costumbre expresa Masiá Fernández

¹¹¹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y EL DESARROLLO. Convención sobre protección de la inversión extranjera, 1960, artículo 1.

¹¹²PASTOR, PALOMAR, Antonio. Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los appris celebrados por España. [en línea] 12 de febrero del 2018 [citado 20 de mayo del 2019]. Disponible en: http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/11_notas_pastor_palomar_proteccion_inversiones.pdf, p. 2

¹¹³ RODRÍGUEZ ARIZA, Yenifer Siomara y Triviño Castillo. Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. [en línea]. 25 de agosto del 2015. [citado 23 de diciembre del 2019]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6732/MONOGRAF%C3%A1%20INTERPRETACI%C3%93N%20DEL%20EST%C3%A1NDAR%20DEL%20TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf;jsessionid=F8152201BC8CF8A334D0CBC2AE328EC7?sequence=1>

Enrique, debe estar de acuerdo con conductas que garanticen un mínimo de concordia y de fraternidad en el momento de los acuerdos. Así pues,

En este contexto, el trato justo y equitativo es uno de los elementos integrantes de este conjunto de derechos establecidos por el derecho internacional consuetudinario, entre los cuales la doctrina y jurisprudencia han incluido el tratamiento de extranjeros privados de libertad, la forma de llevar a cabo el llamado “derecho a expulsión” de los estados, la administración de justicia en casos en que al menos una de las partes sea extranjero (relacionado con el principio de la “denegación de justicia”)¹¹⁴.

Una óptica distinta pero igual de válida para entender el por qué el trato justo y equitativo proviene de la costumbre es esta: las acciones de los Estados deben darse en medio de unas garantías mínimas construidas durante un tiempo así tales garantías no estén escritas, lo que significa que su fuerza nace de la repetición¹¹⁵.

Estándar exigible con relación al Derecho Internacional y todas sus fuentes

Un poco contraria a la posición “opinio iuris”, el trato justo y equitativo estaría dentro de la doctrina internacional general como la protección a las inversiones de terceros, en otras palabras, sería una cláusula escrita y cuyo incumplimiento acarrea responsabilidades, multas, sanciones e indemnizaciones.

Los primeros intentos por llevar el trato justo y equitativo al plano de lo escrito tienen fecha de los años 80 cuando el gobierno de Costa Rica y la República Francesa firman el Fomento y Protección Recíproca de las Inversiones, un

¹¹⁴ LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDEMBERG PEÑAFIE, Mónica. Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera, relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile, análisis jurisprudencial. [en línea] 13 de octubre del 2004. [citado el 26 de diciembre del 2018]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112476>, p. 19

¹¹⁵ *Ibid.*, p.57

acuerdo por medio del cual las partes garantizan dentro de su territorio conductas equitativas y acordes al Derecho internacional para salvaguardar inversiones y ni muchos menos obstaculizar por vías de hecho o derecho las acciones de terceros¹¹⁶. También los Estados Unidos y Haití, por esos años, suscriben un pacto para certificar la necesidad del trato justo y equitativo en sus relaciones dentro del artículo 4, párrafo 2, de dicho documento. Lo mismo ocurre con México y Reino Unido, naciones que después de concertar inversiones deciden blindar el capital de connacionales dentro de algún artículo de los tratados, en este caso el artículo 4 , párrafo primero¹¹⁷.

En el caso del CIADI, su jurisprudencia igualmente inscribe el trato justo y equitativo desde distintas posiciones consagradas en la doctrina. Por ejemplo, en los laudos se ha visto que la buena fe, la diligencia debida y la protección y cuidado son sinónimos. Para citar un caso, en el 2003 el tribunal fallo a favor de España en la controversia Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos precisamente porque México pasó por alto la obligación de un trato justo y equitativo consagradas en del Acuerdo sobre Protección y Promoción de Inversiones, artículo 4. Acá las aseveraciones del Tribunal:

El Tribunal Arbitral estima que la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4 del Acuerdo es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional, aunque para su violación no es menester que la parte estatal haya actuado de mala fe: To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith¹¹⁸.

¹¹⁶ *Ibíd.* p.56

¹¹⁷ *Ibíd.*p.58

¹¹⁸ CIADI. *TECMED S.A. Técnicas Medioambientales v. the United Mexican Status*. [en línea]. 29 de mayo del 2003. [citado el 13 de enero del 2019]. Disponible en:< <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tecmed-award.pdf>>, p. 35

Y en efecto, lo que es la buena fe, la diligencia debida y la protección terminan siendo partes constitutivas del principio del trato justo y equitativo que tratar de manera justa y equitativa es proteger, cuidar y actuar bajo la honradez , la verdad y la rectitud.

Estándar con contenido independiente

La controversia entre Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos suscitó una aproximación casi doctrinal por parte del CIADI que terminó por dotar de contenido independiente al trato justo y equitativo. La razón, el principio de la buena fe que sirvió de asidero para que el Tribunal afirmara que:

[...] entiende que los alcances de la garantía de tratamiento justo y equitativo contemplada en el artículo 4 del Acuerdo... son los que cabe asignarle tanto si se la interpreta de forma autónoma, teniendo en cuenta para ello el texto del artículo 4 del Acuerdo que la formula conforme a su sentido normal u ordinario (art. 31 de la Convención de Viena), o conforme al derecho internacional y al principio de buena fe a la luz del cual debe juzgarse los alcances de las obligaciones asumidas bajo el Acuerdo y la conducta relativa a su satisfacción¹¹⁹.

Por un lado, se argumentó que bien puede traerse a colación el trato justo y equitativo conforme al Derecho internacional. Por el otro, entre España y México se pactó un artículo a propósito de la conducta decorosa, el respeto por el otro y sus connacionales, así que se interpreta la situación a la luz de lo escrito.

¹¹⁹ *Ibíd.* p.56

Finalmente está el contenido del trato justo y equitativo, el cual en líneas generales comprende obligación de vigilancia y protección; el Principio de Buena Fe; principio de la transparencia y debido Proceso¹²⁰.

Obligación de vigilancia y protección

La obligación de vigilancia y protección es un elemento implícito en el trato justo y equitativo, pues, alude a las acciones que el Estado receptor de una inversión garantiza. Diversos autores, entre ellos La Cerda y Goldemberg Peñafie, como James Crawford, consideran que los tribunales en sus laudos han hecho referencia a tales características del trato justo y equitativo a propósito de la protección y seguridad plenas mencionadas en diversos tratados. En el caso Azurix Corp. contra la República Argentina el Tribunal examinó profundamente el asunto. De acuerdo al fallo, “el Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas...”¹²¹ porque el capital puede verse afectado por conflictos de naturaleza civil o violencia social.

El Principio de Buena Fe

Actuar conforme a la concordia y aquello que implica la buena fe es una pieza constitutiva del trato justo y equitativo porque exige a las partes, en especial a la nación receptora del capital, no desvirtuar las expectativas básicas por las cuales el inversor extranjero decidió invertir. Aquí está la confianza, la

¹²⁰ RODRÍGUEZ ARIZA, Yenifer Siomara y Triviño Castillo. Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. [en línea]. 25 de agosto del 2015. [citado 23 de diciembre del 2019]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6732/MONOGRAF%C3%82%20INTERPRETACI%C3%93N%20DEL%20EST%C3%82%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf;jsessionid=F8152201BC8CF8A334D0CBC2AE328EC7?sequence=1>

¹²¹ CIADI. Caso AZURIX Corp. c. República Argentina. [en línea]. 23 de octubre de 2001. [citado el 27 de enero del 2019]. Disponible en: www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm, p.34

conducta coherente según unas reglas previamente establecidas y la imparcialidad¹²².

Principio de transparencia

Katia Montes de Oca Milán en *La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional público; aproximaciones teóricas*, explica que el principio de transparencia es una máxima relativamente nueva en el Derecho Internacional según la cual el Estado receptor de las inversiones está en la obligación de dar a conocer las acciones que involucran directa o indirectamente al inversionista; de lo contrario, se acusaría de una falta de transparencia. A propósito de este principio, el tribunal concedió la razón a Maffezini en el caso Maffezini (Argentina) contra el Reino de España porque, después de un análisis minucioso de los hechos, demostró que España incumplió los acuerdos mediante una operación crediticia “bajo cuerda”¹²³.

Debido proceso

En palabras sencillas, el debido proceso es la denegación de la justicia, bien sea por fallas en el procedimiento, incumplimiento o poco respeto a los inversionistas. En el Derecho Internacional consuetudinario, esta característica del trato justo y equitativo es vista desde tres ángulos: en sentido amplio, restringido e intermedio¹²⁴. En el primer escenario, se trata de todas las responsabilidades del Estado por omisión o acción; en el segundo, la denegación limitada para acceder a sentencias o tribunales que solucionen

¹²² RODRÍGUEZ ARIZA, Yenifer Siomara y Triviño Castillo. Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. [en línea]. 25 de agosto del 2015. [citado 23 de diciembre del 2019]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6732/MONOGRAF%C3%93%20INTERPRETACI%C3%93N%20DEL%20EST%C3%83%20DEL%20TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf;jsessionid=F8152201BC8CF8A334D0CBC2AE328EC7?sequence=1>

¹²³ MONTES DE OCA MILÁN. La figura del trato justo y equitativo en el derecho internacional público; aproximaciones teóricas. [en línea] 13 de noviembre del 2011. [citado el 1 de febrero del 2019]. Disponible en: <http://www.isri.cu/content/la-figura-del-trato-justo-y-equitativo-en-el-derecho-internacional-publico-aproximaciones>, p.17

¹²⁴ *Ibíd.* p.19

conflictos de intereses; y tercero, escaso acceso a las “los tribunales de justicia, procedimientos inadecuados y decisiones injustas en materia civil y criminal”¹²⁵.

3.3 COLOMBIA

Como quedó dilucidado en el capítulo I del escrito, Colombia congeló los títulos de Eco oro por las posibles afectaciones al Páramo de Santurbán en virtud de las actividades extractivas de la multinacional. Los medios son los siguientes: a) en primera instancia, la Resolución 2090 del 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, “por la cual se delimita el Páramo jurisdicciones – Santurbán - Berlín, y se adoptan otras determinaciones”, obligó al gobierno a demarcar el área con fines proteccionistas. Nuevamente vale la pena traer a colación los comentarios del artículo primero de la resolución:

ARTICULO 1. DELIMITACIÓN: delimitar el páramo jurisdicciones – Santurban - Berlín, que se encuentra localizado en jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional de la Meseta de Bucaramanga (CDBM), la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental (CORPONOR), de conformidad con los estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales elaborados por las mencionadas corporaciones y los aportes del Instituto de Investigaciones Científicas Alexander von Humboldt, el cual está constituido por una extensión de 98.994 hectáreas aproximadamente...¹²⁶

Y b) la Corte, por medio de la sentencia C 035/ 2016 con Referencia: expediente D-10864, declaró inexecutable los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. Los efectos: obstáculos jurídicos para continuar con acciones extractivas. Acá nuevamente las apreciaciones:

¹²⁵ *Ibíd.* p. 20

¹²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Resolución 2090 (19 de diciembre de 2014, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante). p. 6

<INCISO 1> Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables que cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las Autoridades Ambientales deberán revisar las Licencias Ambientales otorgadas antes de 1a entrada en vigencia de la prohibición, en las áreas de páramo delimitadas y las mismas estarán sujetas a un control, seguimiento y revisión por parte de las autoridades mineras, de hidrocarburos y ambientales, en el marco de sus competencias y aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

<INCISO 2> En todo caso, el incumplimiento de los términos y condiciones en los cuales se otorgaron las autorizaciones mineras o ambientales, dará lugar a la caducidad del título minero de conformidad con lo dispuesto en el código de minas o la revocatoria directa de la licencia ambiental sin el consentimiento del titular y no habrá lugar a compensación alguna.

<INCISO 3> Si a pesar de la existencia de la licencia ambiental no es posible prevenir, mitigar, corregir o compensar los posibles daños ambientales sobre el ecosistema de páramo, la actividad minera no podrá seguir desarrollándose.¹²⁷

De lo anterior se desprende que el estado de necesidad ecológica será la estrategia de defensa de Colombia en la controversia registrada con la multinacional Eco Oro para buscar un fallo a favor.

3.3.1 Estado de necesidad ecológica

El estado de necesidad es una causal que exonera a los Estados de su responsabilidad internacional y convierte un hecho ilícito en lícito (el capítulo II desarrolla la noción de estado de necesidad). Crawford¹²⁸ aclara que el estado de necesidad sirve para marcar los casos donde es indispensable hacer excepciones porque no existe otra forma para proteger intereses de primer

¹²⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1753 (junio 9 del 2015).p.7

¹²⁸ CRAWFORD, James. Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Editorial DYKINSON, S.L. 2004, p.222

orden o estar fuera de peligro. En otras palabras es una excusa para incumplir una obligación internacional diferente al consentimiento, la legítima defensa las contramedidas la fuerza mayor y el peligro extremo. Como características principales tiene:

- Surge cuando las partes entran en conflicto
- No busca salvar personas responsables del funcionamiento de un Estado
- Es una norma consuetudinaria de contenido general
- Es el único modo por el cual los Estados pueden proteger sus intereses esenciales

Algo parecido sostiene García. Para la investigadora:

El estado de necesidad en la actualidad se encuentra codificado como una causal de exclusión de ilicitud dentro del régimen desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, en su Proyecto para la Responsabilidad Internacional del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (el Proyecto)... El estado de necesidad (también mencionado algunas veces como necesidad),⁴ constituye una de las causales más controversiales dentro del Proyecto, en el cual se incluyeron otras causales históricas de exclusión de ilicitud como la fuerza mayor, la legítima defensa o el peligro extremo¹²⁹.

A nivel internacional, el estado de necesidad ha sido una causal muy utilizada en las controversias. Por ejemplo, en el caso Hungary-Slovakia a raíz de The

¹²⁹ GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). [en línea]. 25 de agosto del 2017. [citado 23 de diciembre del 2018]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402750094014.pdf>

Gabčíkovo–Nagymaros Dam la Corte aceptó el incumplimiento de una obligación y reconoció intereses esenciales:

La Corte considera [...] que el estado de necesidad es un fundamento reconocido por el derecho internacional consuetudinario para excluir la ilicitud de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional. Observa además que dicho fundamento de exclusión de la ilicitud sólo se puede aceptar en casos excepcionales. La Comisión de Derecho Internacional tuvo la misma opinión cuando explicó que había optado por una redacción negativa [...] En consecuencia, según la Comisión, el estado de necesidad sólo se puede invocar en ciertas condiciones estrictamente definidas que deben satisfacer sea cumulativamente; y el Estado interesado no es el único juez de si se han cumplido esas condiciones. En el presente caso, son pertinentes las siguientes condiciones básicas [...] debe haber sido ocasionado por un “interés esencial” del Estado autor del hecho en conflicto con una de sus obligaciones internacionales; ese interés debe haber sido amenazado por un “peligro grave e inminente”; el hecho impugnado debe haber sido el “único medio” de salvaguardar ese interés; el hecho no debe haber “afecta[do] gravemente un interés esencial” del Estado hacia el cual existe la obligación; y el Estado autor de ese hecho no debe haber “contribuido a que se produzca el estado de necesidad”. Esas condiciones son un reflejo del derecho internacional consuetudinario.¹³⁰

Situación similar ocurre en entre Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia y Argentina en el 2016. Al analizar los hechos, el CIADI rechazó la reclamación de la empresa española porque reconoció que Argentina buscó proteger sus intereses medio ambientales y el derecho al agua de sus ciudadanos, mientras a la par desvirtuó el supuesto de trato injusto y poco equitativo del gobierno argentino.

Según esto, Colombia, a través de Philippe Sands y del despacho del bufete de abogados estadounidense Latham & Watkins, seguramente intentará mostrar ante el CIADI que cumple con todos los requisitos para afirmar que el único modo de salvaguardar un interés esencial, el ecológico, contra un peligro

¹³⁰ Ibíd. p.222

grave e inminente era actuar de este modo y no de otro. Acá los elementos que legitiman el estado de necesidad:

Artículo 25
Estado de necesidad

1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y

b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.

2. En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:

a) La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o

b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad¹³¹

Siendo estos los requisitos para que se pueda configurar el estado de necesidad, los representantes de Colombia ante el CIADI lo primero que harán será corroborar que Colombia incumple una obligación internacional con motivo del detrimento del Páramo de Santurbán y que no existe otro modo para proteger este como interés esencial contra el peligro que supone la explotación indiscriminada del ecosistema de alta montaña ubicado en Santander; aquí se apelaría al apartado a del numeral 1: “a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente”¹³². La infracción descrita es la falta de cumplimiento al tratado de

¹³¹ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. 2001, p.221

¹³² *Ibíd.* p.221

libre comercio suscrito entre Colombia y Canadá en el 2008 y cuyo preámbulo reza que:

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (“Colombia”) y **CANADÁ**, en adelante las “Partes”, [están] decididos a: **FORTALECER** los lazos especiales de amistad y cooperación entre sus pueblos; **CONTRIBUIR** al desarrollo armónico y la expansión del comercio mundial y regional y proveer un catalizador para una cooperación internacional más amplia; **DESARROLLAR** sus respectivos derechos y obligaciones en virtud del *Acuerdo de Marrakech que establece la Organización Mundial del Comercio* y otros instrumentos multilaterales y bilaterales de cooperación...¹³³

En segunda instancia explicará que su proceder no implica daños para el Estado con el cual acordó una obligación internacional, Canadá en este caso, porque su actuación no vulnera derechos, tampoco deteriora el medio ambiente o la industria, no atenta contra la estabilidad política o la gobernabilidad de la región y el planeta, no descompone el desarrollo de la economía y el libre mercado y no desestabiliza el buen vivir. Resumiendo, la defensa invocaría el apartado b del numeral 1: “b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto”¹³⁴.

Tercero, Colombia argüirá que hace uso del estado de necesidad porque la obligación internacional incluye la posibilidad ya que están en juego intereses medioambientales y por conexidad el derecho a la vida, el derecho a un ambiente sano y el derecho al trabajo, entre otras garantías constitucionales. Dicho de otra forma, traerá a colación el apartado a, del numeral 2: En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si: “a) La obligación internacional de que se trate excluye

¹³³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA.TLC. [en línea]. 21 de noviembre del 2008. [citado el 3 de febrero del 2019]. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/16157/acuerdo_de_promocion_comercial_entre_la_republica_de_colombia_y_canada, p. 3

¹³⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de Derecho Internacional. 2001, p.221

la posibilidad de invocar el estado de necesidad”¹³⁵ , para demostrar que sus actos corresponden con los hechos.

Y cuarto, irá en contra del apartado b: “b) El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad” ¹³⁶ , porque la defensa explicará que Colombia en ningún momento ha provocado el deterioro del páramo, el colapso de la fauna y flora, la contaminación de ríos y quebradas, la alteración paisajística por la devastación material del área, la contaminación sonora y atmosférica, los sedimentos de los ríos y arroyos a la redonda, las impurezas sólidas producto de combustibles tóxicos suspendidos en el aire, los vapores y emanaciones virulentos que resultaron del cianuro gaseoso, dióxido de azufre y óxidos de nitrógeno que expelen las máquinas de Eco Oro y las transformaciones de la morfología del terreno. Dicho así: no causó el estado de necesidad.

García resume los puntos del estado de necesidad, los cuales hipotéticamente manifestaría Colombia en el CIADI, de este modo:

En relación con el Estado que pretende invocar esta causal, son elementos determinantes: 1) la definición de un interés esencial que sea determinado y que se encuentre en peligro; 2) que la importancia de tal interés para el Estado sea tan determinante que lo lleve a optar por dejar de cumplir con una obligación considerada de menor importancia para salvaguardar el mismo, y 3) que exista un peligro inminente y cierto, que amenace tal interés esencial. Todo lo anterior bajo la condición de que el Estado no haya contribuido en la consolidación de tal peligro¹³⁷.

¹³⁵ *Ibíd.* 221

¹³⁶ *Ibíd.* 221

¹³⁷ GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). [en línea]. 25 de agosto del 2017. [citado 23 de diciembre del 2018]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402750094014.pdf>

Y en efecto, la defensa colombiana en el CIADI presentaría un interés esencial, el páramo y por ende la naturaleza y sus riquezas medio ambientales, esto es formas de vida como el pato zambullidor, el pato de páramo, el venado de páramo y el cóndor, y plantas como los frailejones, el arbusto rastrero, las Briófitas y el bambú Neurolepis, la relevancia de la naturaleza para su funcionamiento y el deber de incumplir una obligación internacional y la futura extinción del ecosistema paramuno.

Ahora bien, igualmente podrá proclamar que la expropiación indirecta es un gesto voluntario porque no está compelido a actuar así, mientras a la vez encuentra una situación de peligro donde la única forma para proteger el interés esencial, el páramo, es contradiciendo una obligación internacional (del lado del gesto voluntario, es evidente que la Colombia actuó por cuenta propia y sin presión de terceros cuando manifestó su proceder en la resolución 2090; y de la situación de peligro el detrimento del páramo indicó a las autoridades qué hacer). A las tres cláusulas probatorias se suma la de excepción. Al respecto, Colombia a través de sus representantes demostrará que su conducta es un gesto voluntario y no coercitivo, de modo tal que es irregular y no es una regla común. Probablemente cite ejemplos donde las obligaciones internacionales son respetadas a cabalidad, o donde protege y cuida de las inversiones internacionales.

De ahí afirmará que no es una reacción contra una falta ni una respuesta ante ataques o sanciones de la multinacional Eco Oro sino, más bien, una excusa para proteger la fauna y la flora de los páramos, el agua del territorio, el equilibrio sistémico y los sucesivos beneficios de la naturaleza paramuna amenazados por la explotación. Quizás uno de sus argumentos más fuertes en este particular sea que Santurbán es una fuente de empleo local, de seguridad y estabilidad para los santanderianos. O como considera la Corporación Viva la Ciudadanía, a través del artículo de una de sus activistas,

Elizabeth Martínez Pineda, el 70 % de los colombianos vive de los páramos, en especial el de Santurbán¹³⁸.

A continuación recalcará el tema de la indemnización gracias a la invocación de la causal de ilicitud. El monto deberá fijarse por el CIADI de acuerdo al capital invertido a la fecha y las evaluaciones de los árbitros. Por todo esto y más, la ausencia de responsabilidad internacional será el resultado de dicha argumentación.

Por último, para concretar aún más la estrategia, el despacho del bufete de abogados estadounidense *Latham & Watkins* enumerarán los casos donde el CIADI falló a favor del estado de necesidad ecológica. Uno de los más famosos en el Derecho internacional de inversiones, en el Derecho internacional público y en Derecho internacional consuetudinario es el caso de Eslovaquia vs Hungría. En este, se concedió la razón a Hungría por incumplir sus obligaciones en tanto buscaba proteger un interés esencial que de otra forma sería imposible.

¹³⁸ CORPORACIÓN VIVA LA CIUDADANÍA. Comunicado público sobre delimitación del páramo de Santurbán. [en línea]. 12 de abril del 2016. [citado 21 de mayo del 2019]. Disponible en: <https://censat.org/es4/noticias/comunicado-publico-sobre-delimitacion-del-paramo-de-san-turban>, p.1

CONCLUSIONES

Durante el transcurso del escrito, el lector conoció la ficha técnica de Eco Oro en términos que daban a entender cuándo llegó a Colombia, cuáles son sus intereses, por qué elevó una queja ante el CIADI a raíz de la falta de claridad en las actuaciones de la justicia colombiana y cuál será su posible estrategia ante el tribunal: el trato injusto y poco equitativo que recibió del país receptor de su inversión. A su vez, también cuáles fueron los motivos que llevaron a Colombia a congelar los títulos de la multinacional, resolución 2090 y derogación de algunos apartados del Plan nacional de Desarrollo, y cuál podrá ser su medio de defensa en el litigio: el estado de necesidad ecológica.

Luego de todas estas descripciones, notas teóricas, ejemplos y reflexiones de distintos autores especializados en la materia, ¿cuál podría ser el fallo del CIADI? Colombia es responsable del incumplimiento de una obligación internacional y por lo tanto deberá cancelar los 764 millones de dólares, más intereses, que exige la multinacional Eco oro, porque el estado de necesidad ecológica es insuficiente debido a unas circunstancias particulares: las dilaciones en atender a los comunicados del inversionista; secretismo; negligencia, inseguridad jurídica y conductas inapropiadas de un Estado que decidió respetar los principios del Derecho internacional; uno de ellos: omisión a los compromisos adquiridos en los Tratados de Libre Comercio.

Las razones para sustentar la hipótesis están condensadas en el argumento de la reclamación de Eco oro, el poco trato justo y equitativo. En efecto, revisando los hechos, analizando la posición de las partes y la doctrina, Colombia incurrió en un ilícito porque:

1) Pasó por alto un estándar mínimo del Derecho Internacional consuetudinario que emana de una especie de fuente que bien puede llamarse “opinio iuris”. Al hacerlo, la inversión de Eco Oro quedó prácticamente desprotegida en tanto el estado Colombiano en apariencia perdió el interés por garantizar la seguridad del capital. El complemento de esta premisa está en que a la vez el gobierno incumplió el compromiso adquirido en el artículo 805 del tratado de libre comercio entre Canadá y Colombia.

2) Con la resolución 2090 del 2014 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la sentencia C-035 de 2016 de la Corte constitucional y la derogación de ciertos artículos del Plan nacional de Desarrollo, el gobierno colombiano no vigiló ni tampoco protegió la inversión de Eco Oro a raíz de conflictos de naturaleza civil o violencia social. Por nombrar unos eventos importantes: las revueltas y protestas de varias organizaciones defensoras del medio ambiente con sede en el Santander, y el mandato de la Corte para cancelar todas actividades extractivas en el Páramo de Santurbán.

3) Colombia actuó de mala fe porque desvirtuó las expectativas de la multinacional al congelar los 8 títulos que desde los años 90 estaban en posesión de la empresa canadiense, creando así barreras jurídicas para impedir el trabajo que por más de 12 años venía desarrollándose con resultados interesantes para las partes. Y a la vez, los artículos sobre protección de inversiones del TLC suscrito en el 2008.

4) Colombia no fue transparente en su proceder porque, de un lado, negó información importante relacionada con la delimitación de los páramos, por lo que la firma canadiense decidió realizar un estudio aún más profundo para demostrar que los 8 títulos estaban por fuera del perímetro de protección que alegaba la Corte y los mismos colectivos ambientales. Del otro, las constantes misivas para buscar una solución amigable jamás fueron atendidas por las

autoridades competentes, por el contrario, durante casi 6 años la Corte reiteró y ratificó, sin ninguna consideración hacia Eco Oro, que los páramos santandereanos serían objeto de protección y cuidado. Además, las empresas mineras no podrían continuar con la explotación y exploración, ni si quiera hasta la fecha de su terminación, y menos obtener prorrogas. El corolario: revocatoria directa de las licencias ambientales sin el consentimiento del titular, Eco Oro.

5) Colombia negó el debido proceso en sentido amplio porque en ningún momento sus acciones fueron comunicadas a la multinacional y sus omisiones dieron como resultado la pérdida de las expectativas y de capital, y el aparente fracaso del proyecto angostura.

6) Existían otros medios para proteger bienes esenciales. Uno de ellos: modificar las licencias de Eco Oro de acuerdo al artículo 2.2.2.3.7.7 del decreto 1076 del 2015. En la sección, el Ministerio del medio ambiente y desarrollo sostenible explica que si las autoridades competentes identifican impactos ambientales adicionales, el licenciatario deberá ajustar sus actividades y estudios.

Distintos laudes confirmarían este tentativo proceder del CIADI. Uno de ellos es TECMED S.A. Técnicas Medioambientales vs. México. En él, el tribunal falló a favor de la parte que alegaba poco trato justo y equitativo por casusas similares, entre ellas la falta del debido proceso, transparencia y la mala fe. Igual es en la querella AZURIX Corp. vs. República Argentina donde se decidió apoyar a la defensa del trato justo y equitativo porque los argumentos de la contraparte fueron insuficientes.

De ser este y no otra la conclusión de Eco Oro vs. Colombia, ¿por qué se llegó a esas instancias? La respuesta a la pregunta es compleja y exige de un

análisis de la burocracia y la idoneidad del personal al tanto del problema, de las peticiones de Eco Oro y de la misma justicia. Sin embargo, examinando nuevamente el material e inspeccionando el expediente, el Estado colombiano quizás hubiese evitado mal entendidos internacionales aprovechando el mismo estudio de Eco Oro y los resultados que llegaron a manos del Ministerio de Ambiente y Desarrollo: el yacimiento de Angostura está por fuera del páramo. Sin embargo esta decisión hubiese resultado poco beneficiosa para los intereses medio ambientales de Colombia.

Otra salida, y tal vez la más fructífera, a los reclamos de Eco Oro está en indemnizar, como es debido, a la multinacional por la pérdida de sus derechos de extracción y explotación en los páramos santanderinos. Lamentablemente la diplomacia y la experticia nacional fueron insuficientes y la nación ignoró la petición, por lo que Eco Oro no encontró otra solución, después de agotar el protocolo y los mecanismos aceptados, que apelar a escenarios de mayor complejidad y a reglas diferentes. Resta esperar cuál es el verdadero desenlace en los próximos meses, y que los líos que en la actualidad tienen a Colombia en litigios y gastos, el de Telefónica, la firma española que exige varios millones de dólares en razón de un laudo de la Cámara de Comercio de Bogotá, el de La suiza Glencore, dueña del Grupo Prodeco, que alega faltas al TLC firmado hace unos años, y Cosigo Resources que reclama 16.500 millones de dólares por las trabas jurídicas que frenaron la explotación de una concesión aurífera en Taraira, en la frontera con Brasil, estén lejos de ser sanciones y multas.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

CRAWFORD, James. Los artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la Responsabilidad Internacional del Estado. Editorial DYKINSON, S.L. 2004, p.221

DÍAZ INVERSO, Rodrigo. El estado de necesidad como circunstancia que excluye la ilicitud en la responsabilidad internacional de los Estados. En: Revista de derecho público. 2015. No.47, p.7

MASIÁ, FERNÁNDEZ, Enrique. Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. En: Revista internacional de Arbitraje. 2007, Vol. 4 p. 11

NOVENA CONFERENCIA MUNDIAL DE ESTADOS AMERICANOS. Acuerdo Económico de Bogotá. 1948

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN ECONÓMICA Y EL DESARROLLO. Convención sobre protección de la inversión extranjera, 1960

PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. En: Revista de Estudios Internacionales. Instituto de estudios Internacionales. Universidad de Chile. 2006. Vol. 39. No. 153. p. 6

RIVEROS, Pardo, Felipe. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos subjetivos: una visión estructural. En: Revista derecho del Estado. 2016, 25. p 16

DOCUMENTOS EN INTERNET

ARSEN, Patricia. Tratados bilaterales de inversión. Su significado y efectos. [“en línea”] 23 de marzo del 2017. Disponible en: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/anexo10-tratadosbilateralesdeinversion.pdf>. Citado 14 de mayo 2019

Banco Mundial. Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment. [“en línea”]. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/WorldBank.pdf>. Citado el 29 de noviembre del 2018

BAS VILIZZIO, Magdalena .Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur. [“en línea”]. Disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500233. Citado 21 de mayo del 2019

BAQUERO, MONTOYA, Sara María y RAMÍREZEL, Erika Mena. Fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión. [“en línea”]. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf;jsessionid=09ABEFDE2ABFAB7C42981B0B3F93B8AF?sequence=1. Citado el 14 de mayo del 2019

BERIAIN, Iñigo de Miguel. Consideraciones sobre el concepto de dignidad. [“en línea”]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217052>. Citado 30 de noviembre del 2018

CIADI. Caso Fireman’s Fund Insurance Company vs México. [“en línea”]. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/FiremansFinalAwardRedacted.pdf>. Citado el 27 de noviembre del 2018

_____. Técnicas medio ambientales Tecme S.A c Estados Unidos Mexicanos. [“en línea”]. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/Tecnicas-Spanish.pdf>. Citado el 4 de enero del 2019

_____. Caso AZURIX Corp. c. República Argentina. [“en línea”]. Disponible en: www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm. Citado el 27 de enero del 2019

_____. Tratados de inversión. [“en línea”]. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/Investment-Treaties.aspx>. Citado el 20 de mayo

_____. Caso Laudo ICSID Case No. ARB (AF)/99/1) Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States. [“en línea”]. Disponible en: <https://www.italaw.com/documents/FiremansFinalAwardRedacted.pdf>. Citado el 27 de noviembre del 2018

_____. Presentación del CIADI. [“en línea”]. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Documents/ICSID_Primer_SPANISH%201.16.19.pdf. Citado 22 de mayo del 2019

CIAR GLOBAL. Formado tribunal de arbitraje de minera canadiense Eco Oro contra Colombia. La Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana. [“en línea”]. Disponible en: <http://ciarglobal.com/formado-tribunal-de-arbitraje-de-minera-canadiense-ecooro-contra-colombia/>. Citado el 9 de junio del 2018

CIUTAD, VALVERDE, José Ignacio. El arbitraje en materia de inversiones internacionales, el CIADI. [“en línea”]. Disponible en: https://www.academia.edu/37454041/EL_ARBITRAJE_EN_MATERIA_DE_INVERSIONES_INTERNACIONALES_EL_CIADI. Citado el 23 de mayo del 2019

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. TLC. [“en línea”]. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/16157/acuerdo_de_promocion_comercial_entre_la_republica_de_colombia_y_canada. Citado el 3 de febrero del 2019

CORPORACIÓN VIVA LA CIUDADANÍA. Comunicado público sobre delimitación del páramo de Santurbán. [“en línea”]. Disponible en: <https://censat.org/es4/noticias/comunicado-publico-sobre-delimitacion-del-paramo-de-santurban>. Citado 21 de mayo del 2019

ECOORO. Misión. [“en línea”]. Disponible en http://www.eco-oro.com/sp/Mission_Vision_Values.asp. Citado el 1 de agosto del 2018

_____. Proyecto Angostura. [“en línea”]. 15 de junio del 2012. Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/Angostura.asp>. Citado el 1 de agosto del 2018

ESCOBAR, VALLEJO, Sofía. Expropiación indirecta: protección sustantiva en los acuerdos de promoción y protección recíproca de la inversión extranjera y sus efectos en Colombia. [“en línea”]. Disponible en: <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/36687/EscobarVallejoSofia2018...pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Citado 14 de mayo 2019.

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra, CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). [en línea]. 25 de agosto del 2017. [citado 23 de diciembre del 2018]. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402750094014.pdf>

LA CERDA OLIVOS, Cristóbal y GOLDEMBERG PEÑAFIE, Mónica. Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera, relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile, análisis jurisprudencial. [“en línea”]. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112476>. Citado el 26 de diciembre del 2018

LENTNER, Gabriel y PROAÑO, Sheila E. ADPIC y los Tratados Bilaterales de Inversión: la necesidad de encontrar una armonía en su aplicación. [“en línea”]. Disponible en: https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_17/iurisdictio_017_003.pdf. Citado el 20 de mayo 2019

LOGIOCO, Lucas. Usurpación y estado de necesidad. [“en línea”]. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina40149.pdf>. Citado el 20 de mayo del 2019.

MERCOSUR. Protocolo sobre promoción y protección de inversiones provenientes de estados no partes del MERCOSUR. [“en línea”]. Disponible en http://www.sice.oas.org/Trade/go3/text2_. Citado 1 de diciembre

MORENO, BLESA, Lidia. El arbitraje del CIADI y su contribución al desarrollo a la luz de las inversiones directas en mercados emergentes. [“en línea”]. Disponible en: <http://ried.unizar.es/index.php/revista/article/viewFile/127/67>. Citado 23 de mayo del 2019

MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. [“en línea”]. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4583-arbitraje-internacional-basado-clausulas-solucion-controversias-inversionistas>. Citado el 29 de noviembre del 2019

PASTOR, PALOMAR, Antonio. Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los appris celebrados por España. [“en línea”]. Disponible en: http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2018/02/11_notas_pastor_palomar_proteccion_inversiones.pdf. Citado 20 de mayo del 2019

POSADA, LÓPEZ, Sofía. La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de protección a la inversión extranjera – Su incorporación en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. [“en línea”]. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9684/u295890.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Citado el 20 de mayo 2019

RAMOS, Diego. Introducción a los Tratados Bilaterales de Inversión. [“en línea”]. Disponible en: <https://dolarizacion.ec/2018/03/04/introduccion-a-los-tratados-bilaterales-de-inversion/>. Citado 20 de mayo del 2019

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario de la lengua española. [“en línea”]. Disponible en: <https://dle.rae.es/?w=responsabilidad>. Citado 20 de mayo del 2009

RODRÍGUEZ ARIZA, Yenifer Siomara y Triviño Castillo. Interpretación del estándar del trato justo y equitativo en inversiones extranjeras. [“en línea”]. Disponible en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/6732/MONOGRAF%C3%93%20INTERPRETACI%C3%93N%20DEL%20EST%C1NDAR%20DEL%20TRATO%20JUSTO%20Y%20EQUITATIVO%20EN%20INVERSIONES%20EXTRANJERAS.pdf;jsessionid=F8152201BC8CF8A334D0CBC2AE328EC7?sequence=1>. Citado 23 de diciembre del 2018

SACO, CHUNG, Víctor, Augusto. La regulación de las Expropiaciones Indirectas y la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública al interior del ordenamiento jurídico peruano: Una aproximación desde el Derecho Internacional de las Inversiones. [“en línea”]. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10057/cabrera_gomez_regulacion_expropiaciones_indirectas_y_la_responsabilidad_patrimonial_de_la_administracion_publica.pdf?sequence=1&isallowed=y_ Citado el 14 de mayo 2019].

STICCA, María Alejandra. Elementos estructurales del estado de necesidad en Derecho internacional público. [“en línea”]. Disponible en: www.academyrc.org.ar/...del-estado-de-necesidad-en...derecho-internacional-publico/.../file.p.20. Citado el 20 de mayo del 2019

SOLÓRZANO, QUINTERO, Juan Felipe. Los tratados bilaterales de protección de inversiones y su sometimiento a los derechos humanos y un breve excursus para el caso colombiano. [“en línea”]. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v19n2/0124-0579-esju-19-02-00223.pdf>. Citado el 21 de mayo del 2019

TALÉNS, VISCONTI, Eduardo Enrique. Los requisitos de acceso al Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI). [“en línea”]. Disponible en: <http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n18/n18a15.pdf>. Citado 24 de mayo del 2019

VELA, ORBEGOZO, Bernardo. La Constitución de 1991 y la política exterior colombiana. [“en línea”]. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/501/479>. Citado 20 de mayo del 2019

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia. C-153 de 24 de marzo de 1994 (junio 9 del 2015).p.6

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Plena. 11 de diciembre de 1964. Magistrado ponente: Julián Uribe Cadavid.

NORMATIVA

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Comisión de derecho internacional. 2001

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Minas (15 de agosto 2001)

_____. Constitución política de Colombia 1991 (13 de junio del 1991).

_____. Ley 1753 (junio 9 del 2015)

_____. Ley 1450 (11 de junio del 2011)

_____. Resolución 2090 (19 de diciembre de 2014, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible mediante)

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y EMPLEO. Carta de la Habana para una organización de comercio internacional. 1948