

LAURA ISAZA VELÁSQUEZ

DEMANDA DE ODEBRECHT CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO

**(Maestría en Derecho con énfasis Derecho Internacional de los
Negocios)**

Bogotá, D.C., Colombia

2020

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS NEGOCIOS**

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hineirosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Directora Departamento
Derecho de Los Negocios:** **Dra. Adriana Castro Pinzón**

Directora de Tesis: **Dra. Carmen Eloísa Ruíz**

Examinadores: **Dra. María Angélica Cruz
Dr. Nicolás Lozada Pimiento**

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	v
JUSTIFICACIÓN.....	vii
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	viii
OBJETIVOS.....	xi
OBJETIVO GENERAL.....	xi
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	xi
ESTADO DEL ARTE.....	xii
MARCO DE REFERENCIA.....	xiii
METODOLOGÍA.....	xix
1. ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (APPRI).....	1
1.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA.....	1
1.2 CONTENIDO.....	1
1.2.1 Normas de tratamiento.....	2
1.2.2 Normas de protección.....	2
1.3 NÚCLEO DE DERECHOS DE LOS APPRI	3
1.4 EFECTOS JURÍDICOS	4
2. APPRI VIGENTE ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA.....	6
2.1 RESEÑA HISTÓRICA	6
2.2 ARTICULADO Y CONTENIDO DEL APPRI COLOMBIA – ESPAÑA ..	7
3. ANÁLISIS DE LA DEMANDA DE ODEBRECHT CONTRA COLOMBIA ..	13
3.1 CRONOLOGÍA DEL CASO	13
4. RESULTADOS.....	18
CONCLUSIONES	22
BIBLIOGRAFÍA.....	26

RESUMEN

A partir de los conocimientos adquiridos durante la Maestría en Derecho, énfasis Derecho Internacional de los Negocios de la universidad Externado de Colombia, con este trabajo de investigación se hizo un breve análisis de los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), centrado en el firmado y vigente entre Colombia y España, para establecer si puede invocarse como fundamento de la demanda que contra Colombia, instauró ODEBRECHT al reclamar indemnización por expropiación del contrato de concesión de la Ruta del Sol II anulado por causa ilícita, y si es válido que su filial Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., pueda reclamar.

Al respecto y como conclusiones, se encontró que de acuerdo con el contenido del APPRI Colombia – España, en especial sus artículos 4 y 10 invocados por ODEBRECHT, la multinacional no puede exigir indemnización por expropiación, puesto que no fueron expropiados sus bienes, sino que se declaró nulo su contrato por causa ilícita (corrupción transnacional). De igual forma, tampoco puede demandar por medio de su filial Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., porque a la luz del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 (reformado por la Ley 1474 de 2011), cuando las personas naturales hayan sido responsables judicialmente e inhabilitados por la comisión de delitos contra la administración pública por soborno transnacional, su misma inhabilidad y condición jurídica se extenderán a las sociedades en donde sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas.

Palabras clave: Colombia, ODEBRECHT, APPRI, corrupción, demanda.

INTRODUCCIÓN

Por tratarse de una investigación relacionada con el Derecho Internacional, se inició con un pequeño recuento sobre el nacimiento del mismo y la importancia que en el presente, tienen las relaciones de todo tipo entre Estados, de las cuales un área muy importante son las relaciones comerciales establecidas por medio de tratados colectivos o multilaterales en los cuales se establece objeto, partes, obligaciones y deberes entre sus miembros, como es el caso del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), firmado entre Colombia y España, y que la multinacional ODEBRECHT invocó en su demanda contra Colombia para exigir indemnización por la anulación y finalización del Contrato Ruta del Sol II.

En consecuencia, el cuerpo de la presente investigación comprende en su capítulo 1, la naturaleza, contenido, deberes y obligaciones de los APPRI; el capítulo 2, el APPRI vigente entre Colombia y España; el capítulo 3, el análisis de la demanda de la multinacional ODEBRECHT contra Colombia; el capítulo 4, la relación de los hallazgos relacionados con el caso, y el capítulo 5, las conclusiones derivadas del contenido de la presente investigación, entre las cuales se destaca que la declaratoria de nulidad del Contrato de ODEBRECHT se hizo bajo el concepto de corrupción internacional, incluido como delito en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y que la sanción penal sobre ODEBRECHT debe hacerse extensiva a su filial Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL.

LAS RELACIONES ENTRE NACIONES

En la cultura Occidental, la ley de Dios es la fuente del derecho eclesiástico y el derecho secular y con el tiempo, fueron tomando forma hasta el presente, para establecer sistemas de convivencia para los grupos humanos y sus diversas actividades (Mayer, 1961, p. 69). A partir de la Edad Media, se inició

el desarrollo del Estado y a la vez, se renovó el derecho romano público y político, debido a la importancia que tomaron las ciudades y entonces, surgió la tendencia de volver al derecho civil romano porque se encontró en él, formas legales susceptibles de regular la complicada trama de la vida urbana (Meynial, 1932, p. 363).

Hacia el siglo XIII y en consideración a la influencia de la iglesia católica en la sociedad, santo Tomás de Aquino expuso la filosofía social y política de la Edad Media en su obra la *Summa Teológica* (Diccionario de Filosofía, 1996, p. 21). En efecto, con un marcado acento espiritual, sostiene que por ser inteligente, el hombre aspira a que le dirijan su vida y de acuerdo con su naturaleza, es una criatura social que vive en un Estado. De donde deduce que el propósito del Estado es guiar a sus nacionales a una vida virtuosa y feliz. Luego recurre a san Agustín, y reafirma que mantener la paz es la labor más importante de la vida política. En esta forma, a partir del pensamiento político de la Edad Media, se va configurando la idea de que la autoridad imperial es un poder supranacional cuyo fin principal es mantener la paz y la justicia en el Mundo (Diccionario de Filosofía, 1996, p. 23).

Al mismo tiempo, se observa que van surgiendo las sociedades políticas independientes de la Europa moderna, frente a una concepción de unidad política más amplia que con el paso del tiempo, da tránsito al derecho internacional, cuando fue necesario regular las relaciones entre los Estados y que de manera concreta se materializó a mediados del siglo XX, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas (1945), cuyo fin inicial era mantener la paz entre sus miembros y con el transcurso del tiempo, ha ido creando organismos para regular las diversas actividades de carácter cultural, social, económico, etc., que se realizan entre naciones, las cuales por ser miembro del pacto de la ONU deben aceptar sus decisiones y en consecuencia, adaptar su legislación interna para cumplir con sus obligaciones (Mayer, 1961, p. 330).

JUSTIFICACIÓN

El caso de la demanda de ODEBRECHT en contra del Estado colombiano es de gran importancia nacional e internacional debido al escándalo que ha rodeado este proceso, en donde los recursos de la Nación se han visto afectados y se pueden afectar más, en el caso de que la demanda prospere a favor de la Multinacional, por lo cual el presente trabajo de investigación busca establecer el alcance legal que tiene el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), firmado y suscrito entre Colombia y España, por haber sido usado por la multinacional ODEBRECHT como fundamento legal en la presentación de su demanda.

ODEBRECHT pretende utilizar una de sus empresas, Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., que opera en España, para aprovechar el APPRI vigente entre Colombia y España, y demandar el país. La subsidiaria en España fue creada el 23 de junio de 2015, con un capital social de €3.000, para la “gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español”. En el portal español INFOCIF se puede leer uno de los fundamentos de la demanda, y al mismo tiempo, confirmar la falta de información sobre el caso en el país (2019), cuyos medios han dado una escasa divulgación a la demanda en comento.

Por lo tanto, es evidente la necesidad de identificar un punto de vista claro y conciso desde la normatividad colombiana, con base en el derecho y la legislación internacional que permita reconocer los alcances de la demanda, y servir de ilustración para quien se encuentre interesado en conocer sobre el tema. En efecto, se ha señalado y confirmado una serie de vacíos normativos dentro de los APPRI vigentes y suscritos por el Estado colombiano y de manera especial, el firmado con España, lo mismo que falta información y conocimiento por parte de los ciudadanos, todo lo cual ha despertado el interés general, al momento de interpretar un proceso de esta envergadura.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El 3 de agosto de 2018, el portal de la Justicia Tributaria divulgó la demanda instaurada por la sociedad Odebrecht Latinvest Transport Colombia S.L., contra el Estado colombiano por COP \$3.8 billones, cuya pretensión es obtener la indemnización por parte del Estado Colombiano por expropiación ilegal de sus activos representados en el Proyecto de Concesión de la Ruta del Sol tramo 2, del cual era parte la sociedad matriz de la demandante, lo anterior basándose en el artículo 4 del APPRI celebrado entre Colombia y España:

4. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la Ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo.

El Contrato de Concesión para ejecutar las obras de vías del proyecto Ruta del Sol fue suscrito el 14 de enero de 2010 entre el Instituto Nacional de Concesiones (INCO), entidad estatal de Colombia y la Sociedad Concesionara Ruta del Sol SAS, domiciliada en Colombia y con una participación del 61% de la Constructora ODEBRECHT, sociedad brasilera envuelta en la actualidad, en un escándalo nacional debido al pago de coimas de dinero y sobornos a funcionarios del Estado colombiano que hicieron parte de una red de corrupción para obtener beneficios en contrataciones públicas. Es necesario resaltar que este hecho ha trascendido fronteras porque la comisión del soborno internacional también ocurrió en 11 países más: Angola, Argentina, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela.

A pesar de que la sociedad demandante no es parte en el contrato de concesión ni tampoco tiene participación en la sociedad contratante, es una subsidiaria de la Sociedad brasilera que, en principio, no podría acudir a lo acordado en un APRRI, porque entre Colombia y Brasil no se ha firmado algún acuerdo de inversión hasta la fecha. Sin embargo, la demandante argumenta una operación en España de este Contrato donde se vio afectada la demandante por la terminación del contrato de concesión por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), debido a irregularidades tipificadas como delitos en el Código penal colombiano, en la Ley 80 de 1993 y en el Estatuto Anticorrupción de 2011: soborno, cohecho, concusión, tráfico de influencias, peculado, corrupción privada, soborno internacional, etc., de los cuales se evidenció el soborno en la adjudicación y ejecución del proyecto, en especial el soborno transnacional.

Esta problemática no es del todo clara porque se desconoce a ciencia cierta cada punto de la demanda por ser reserva del sumario, aunque se haya conocido algunas pretensiones de la multinacional y España, a través de los medios de comunicación nacionales. Por lo tanto, es evidente la falta de información y no existe claridad respecto de los alcances de un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), para entender cuál es el fundamento y argumento de la demanda.

Pregunta de la investigación: ¿cuál es el alcance de un Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), en una filial o matriz de una sociedad inmersa en un delito en Colombia?

Hipótesis: es común que cuando se suscribe un contrato entre una entidad privada y una entidad estatal, en donde las partes involucradas se encuentren en países diferentes y entre ellos no existen Acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), las sociedades creen filiales en

otros países donde sí haya este tipo de acuerdos, para gestionar aspectos administrativos de la multinacional principal. Sin embargo, estos acuerdos no deben tener una cobertura tan amplia que ampare una filial, sin que esta sea parte en la relación jurídica con el Estado contratante y, además, deben ser más rígidos, si en medio o durante el desarrollo de los proyectos se llega a confirmar la comisión de delitos y más, cuando se vea o se pueda ver afectado el patrimonio y recursos del Estado contratante.

OBJETIVOS

Para adelantar el presente estudio, se formularon los siguientes objetivos.

OBJETIVO GENERAL

Examinar el alcance legal del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), firmado entre Colombia y España, para una sociedad filial o matriz en Colombia, inmersa en la comisión de un delito.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir los alcances legales del Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
- Evaluar los argumentos legales presentados por parte de la Multinacional ODEBRECHT en el proceso legal en contra del Estado colombiano por la finalización del Proyecto de Concesión de la Ruta del Sol II.

ESTADO DEL ARTE

El análisis sobre los acuerdos APPRI que haya firmado Colombia y por supuesto, su viabilidad, ejecutorias, fallas y resultados, es una temática reciente en el contexto legal y judicial en Colombia. Por lo tanto, no se puede hablar de numerosas obras para consultar ni jurisprudencia abundante por parte de la Corte Constitucional. Sin embargo, es evidente que la divulgación de actos anómalos y presuntamente corruptos que han caracterizado la intervención de ODEBRECHT en diversos países de la Región, ha despertado el interés en la comunidad académica colombiana.

Al respecto y en relación con Brasil y el caso particular en estudio, se ha destacado como uno de los hechos jurídicos más relevantes en el entorno ético y legal, la compañía ODEBRECHT, debido a su actuación indebida durante los procesos para obtener y firmar contratos en la modalidad de licitación pública. En la actualidad, Brasil es considerado como uno de los líderes emergentes en la nueva economía política mundial, y con su compañía ODEBRECHT, es líder en la construcción de obras públicas de gran envergadura, aunque al revisar la literatura correspondiente (Villegas, 2016), se observa que ha firmado pocos acuerdos comerciales regionales (ACR), y que, a su vez, ha ratificado pocos tratados bilaterales de inversión (TBI), con Colombia (El Universal, 2008).

Aun así, en las relaciones comerciales de Brasil con los países Latinoamericanos, especialmente con Colombia, ha tenido un incremento notorio en el flujo de comercio que comienza a ser estudiado por la comunidad académica y en especial, en las facultades de Comercio Internacional y afines.

MARCO DE REFERENCIA

El análisis que incluye la presente investigación, ha sido referenciado dentro del marco legal e institucional relacionado con la firma y ejecución de contratos para adelantar obras públicas por parte de empresas nacionales y empresas extranjeras, en especial, brasileras y españolas, en el contexto de los APPRI y otras formas de inversión en Colombia. Además, se incluye la normatividad relacionada con la contratación pública y la definición de algunos conceptos para dar claridad al análisis de la demanda en comento.

Normatividad colombiana

Ley 80 de 1993. Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. **Artículo 45.** La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del ministerio público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. (...) el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Al conocer el contenido del informe de la Fiscalía General de la Nación (12 enero de 2017), donde se confirmó el pago de coimas (corrupción transnacional), por parte de la multinacional ODEBRECHT para conseguir la licitación y adjudicación del contrato de concesión de la Ruta del Sol II, el Superintendente de Industria y Comercio, Pablo Felipe Robledo, ordenó a la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), dar por terminado el contrato de Ruta del Sol II, liquidarlo y abrir una nueva licitación para restablecer la libre competencia económica (sic.gov.co, 16 febrero de 2017).

Artículo 48. De los efectos de la nulidad. La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria. Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público. Al tenor del artículo 48 de la Ley 80 de 1993, en el caso del contrato de concesión con ODEBRECHT, la multinacional quedó facultada para reclamar el pago correspondiente de las obras ejecutadas hasta el momento de su declaratoria de nulidad por corrupción transnacional (causa ilícita).

Ley 1474 de 2011. Por la cual se dictan normas para fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. En su artículo 1° sobre la inhabilidad impuesta a quienes cometan actos de corrupción, el literal j) del numeral 1 reforma el **artículo 8 de la Ley 80 de 1993**, y establece que las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la administración pública cuya pena sea privativa de la libertad por soborno transnacional, esta misma inhabilidad se extenderá a las sociedades en las cuales sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas con excepción de las sociedades anónimas abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

De acuerdo con lo estipulado en **el artículo 8 reformado de la Ley 80 de 1993**, a Odebrecht Latinvest Transport Colombia S.L., por ser una subordinada de la multinacional, se le extenderá la inhabilidad por soborno transnacional

impuesta a los funcionarios de ODEBRECHT, es decir, se encuentra inhabilitada para representar a su matriz y demandar a Colombia.

Código penal colombiano. Artículo 443. Contempla el soborno transnacional como un delito desde el año 2000, que se tipifica al sobornar funcionario de otro Estado. Desde entonces, ha sufrido algunas modificaciones punitivas y alguna otras no estructurales con las Leyes 1474 y 1778. Es interesante observar que esta especie de cohecho transnacional se encuentra en la legislación nacional colombiana en el año 2000, antes de que entrara en vigor la Convención Anticohecho de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), en 2018.

Ley 1508 de 2012. Se aplica a todos los contratos en los cuales el Estado le contrate a un inversionista de carácter privado, el diseño, construcción y ejecución de una obra de infraestructura junto con todos los elementos propios asociados a aquella, implicando también reparación, mejoramiento o equipamiento, a fin de mantener viable la infraestructura contratada. Esta contratación es ejecutada y liderada por el Departamento Nacional de Planeación (Mejía Reyes, 2003).

La Ley 1778 de 2016. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. **Artículo 1o.** Inhabilidad para contratar de quienes incurran en actos de corrupción. **El literal j) del numeral 1 del artículo 8 de la Ley 80 de 1993** quedará así: Las personas naturales que hayan sido declaradas responsables judicialmente por la comisión de delitos contra la Administración Pública cuya pena sea privativa de la libertad por soborno transnacional, con excepción de delitos culposos. Esta inhabilidad se extenderá a las sociedades en las cuales sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas, con excepción de las sociedades anónimas

abiertas. La inhabilidad prevista en este literal se extenderá por un término de veinte (20) años.

La Ley 1778 de 2016 es pertinente con el análisis de esta investigación porque en su capítulo VI, modificó los artículos 1, 2, 7 y 72 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011), al dictar normas contra el soborno transnacional y la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción, bajo la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que entró en vigor el 1° de septiembre de 2018, que entre sus miembros están Colombia, Brasil y España, y, que por ser vinculante, obliga a todos sus miembros.

En consecuencia, la misma responsabilidad jurídica de las personas que hayan cometido delitos contra la administración pública, se extenderá a las sociedades en las cuales sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas. En el caso en comento, a la empresa Odebrecht Latinvest Transport Colombia S.L., por ser filial de ODEBRECHT, se le debe extender la misma responsabilidad jurídica otorgada a los involucrados en la corrupción transnacional.

Sentencia del 6 de diciembre de 2018. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección primera. M. P. Manuel Lasso. Ref: 2500023410002017000. De cuyo contenido (Cf), se resalta que en el evento de declararse la nulidad de un contrato por causa ilícita, el contratista tendría derecho a la remuneración de las obras ejecutadas hasta el estado en el cual se encuentren en el momento de declararse la nulidad, y que la Ley 80 de 1993 establece que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por causa ilícita.

Tratados bilaterales. Los tratados bilaterales que ha firmado Colombia, le han permitido establecer relaciones comerciales con diferentes países en el marco de acuerdos que facilitan y delimitan el flujo comercial con un determinado país. Dentro de estos acuerdos de tipo comercial con diferentes países de la Región, se encuentran algunos pocos acuerdos firmados entre Colombia y Brasil. De hecho, la inversión extranjera directa (IED), de Brasil, representa el 0.77% (U\$107.18 billones), de toda la IED en Colombia, es decir, un porcentaje muy bajo, teniendo en cuenta la cercanía entre los dos países. En 2011, la IED de Brasil en Colombia mostró un leve aumento, con la compra de Acerías Paz de Río por parte del grupo Votorantim Matais (Mejía Reyes, 2003).

Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI). Es un tratado bilateral firmado el 31 de marzo de 2005, para intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de los dos países, con el propósito de crear condiciones favorables para inversiones de inversionistas de cada parte contratante en el territorio de la otra, reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo estimula las iniciativas en este campo. Este acuerdo fue invocado en la demanda que instauró ODEBRECHT contra Colombia, aduciendo que su filial Odebrecht Latinvest Transport Colombia S.L., tiene sede y opera en España.

Términos relacionados

Corrupción transnacional. Surgió en la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), que entró en vigor el 1° de septiembre de 2018, y de la cual Colombia, Brasil y España son miembros. De acuerdo con este instrumento vinculante para todos sus miembros, un delito es de carácter transnacional, cuando se comete en más de un Estado, si su

fase preparatoria o de coordinación ocurre en un Estado diferente en donde se consume el delito, si a pesar de que se comete en un solo Estado, lo realiza un grupo delictivo organizado con operaciones en varios Estados o porque a pesar de ocurrir en un Estado, tiene efectos sustanciales en otro. El delito de corrupción transnacional se confirmó en la adjudicación y ejecución del contrato de concesión Ruta del Sol II, entre ODEBRECHT y la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI).

Declaración de terminación del contrato por nulidad. Aunque se considera que una de las partes haya incurrido en un acto irregular, el tratamiento jurídico les da a ambas partes el derecho a defender sus intereses, es decir, queda abierta la posibilidad de emprender reclamos judiciales en instancias nacionales e internacionales. Como en este caso, el contrato de ODEBRECHT fue declarado nulo por causa ilícita y en consecuencia se dio por terminado, la multinacional quedó facultada para reclamar en instancias nacionales e internacionales, como en efecto lo hizo.

METODOLOGÍA

Para adelantar el presente trabajo, se tuvo en cuenta la capacitación suministrada por la dirección del programa de maestría en Derecho con énfasis en Derecho Internacional de Negocios de la Universidad Externado de Colombia, a la cual se le aplicó el criterio y los estudios de la autora, así como los instrumentos relacionados con el tema. Se trata entonces, de una investigación analítica encaminada a interpretar los hechos, sin alguna pretensión de carácter legal o jurídica, solo con la intención de establecer si existe o no, fundamentos legales en la demanda de ODEBRECHT contra el Estado colombiano, por haber finalizado en forma unilateral el contrato, ante la confirmación del pago de coimas para ser beneficiada en las licitaciones, por lo cual el contrato fue declarado nulo por causa ilícita.

En consecuencia, se hizo una lectura pormenorizada de las actuaciones y pronunciamientos sobre el proceso en comento, hasta llegar a las conclusiones que se incluyen al final de la investigación.

1. ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (APPRI)

1.1 DEFINICIÓN Y NATURALEZA

Los **APPRI** son tratados bilaterales de naturaleza recíproca que incluyen medidas y cláusulas para proteger, de acuerdo con el derecho internacional, las inversiones que realicen los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte (García, 2005, p. 76). En este tipo de acuerdos, se establece como beneficiarios directos a los particulares (inversionistas), y con su contenido de obligaciones y derechos se afectan las obligaciones y derechos para cada una de las partes, al regular para los Estados firmantes solo las obligaciones, y guardando los derechos que se deriven de estos a favor de los inversionistas de las respectivas naciones. Los APPRI responden a las características de los modelos de tratados que asuman las partes contratantes, así como de las características de los sistemas jurídicos de las partes involucradas, sus percepciones sobre temas polémicos como registro de propiedad, expropiación y explotación de recursos naturales que involucran la soberanía de los Estados y la influencia que puedan tener en la elaboración final del instrumento por firmar.

1.2 CONTENIDO

El contenido básico de los diferentes convenios APPRI suscritos por Colombia es muy similar porque reiteran las exigencias mínimas de seguridad para la inversión contempladas en el cuerpo del documento. Las obligaciones difieren según la naturaleza de la relación que exista entre los países contratantes, por lo cual la determinación del contenido depende de valoraciones casuísticas. Sin embargo, los APPRI buscan facilitar la inversión y al mismo tiempo, tratar

sobre cuestiones legales, políticas y demás eventos que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión. Por lo tanto, aspectos como admisión de inversiones y su tratamiento, garantías de libre transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, compensación en caso de expropiación y resolución de controversias, se incluyen en todo tipo de APPRI.

1.2.1 Normas de tratamiento.

Se refieren al régimen legal del Estado receptor, aplicable al Inversionista, para asegurar el disfrute y goce de sus derechos. No se trata de normas jurídicas, sino de “patrones de conductas” que el Estado receptor se obliga a adoptar y que se convierten en “estándares” más que tipificaciones jurídicas. De esta forma, su contenido se establecerá conforme con las circunstancias de cada caso. Es una orientación para la conducta esperada y no una descripción de la conducta requerida. Comprende normas clásicas del Derecho Internacional como la igualdad entre inversores nacionales y extranjeros, trato de nación más favorecida, trato no discriminatorio, etc., que se constituyen en criterios de interpretación para auxiliar otras normas del Tratado y a veces, suplen vacíos normativos del Derecho Interno de los Estados (García, 2005).

1.2.2 Normas de protección.

Su objeto es evitar “riesgos políticos” o “riesgos no comerciales” por los cuales un Estado podría interferir en forma arbitraria, en los derechos o en la propiedad de un inversionista extranjero. En estas normas, se encuentra el derecho a una indemnización “justa, pronta y adecuada” en el caso de expropiación u ocupación del Estado sobre la propiedad del inversionista extranjero, y a la “libre transferencia de capitales y utilidades”. De igual forma, se encuentra el derecho del inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial en la solución de conflictos (García, 2005).

1.3 NÚCLEO DE DERECHOS DE LOS APPRI

Trato nacional. Su objeto es evitar la discriminación en las normas locales que incidan en las inversiones extranjeras, protegiendo al inversor de exigencias especiales que se convertirían en una desventaja competitiva respecto de los inversores nacionales.

Trato de nación más favorecida (NMF). En esta forma, se garantiza a los inversores del Estado Receptor, un trato no menos favorable al que se les otorgue a los nacionales de otro país. Además, protege al inversor de exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva, frente a inversores extranjeros de terceros países. Es común que en los APPRI se consignent excepciones al principio de NMF, las cuales suelen ser: a) excluir del trato de nación más favorecida los privilegios que alguna de las Partes haya concedido a inversionistas de terceros Estados debido a su membresía en un área de libre comercio, unión aduanera o acuerdo regional, y b) preferencias generadas por algún acuerdo suscrito en materia tributaria.

Trato no discriminatorio. En esta forma, el Estado receptor se compromete a no perjudicar los inversionistas de la otra parte firmante, con medidas discriminatorias a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de las inversiones en su territorio. Este principio contiene un contradictorio, porque implica que el Estado receptor no efectúe acciones discriminatorias en relación con los extranjeros en general o con algunos en particular, y en esta forma se quebranta el principio de igualdad.

Tratamiento justo y equitativo. Es una norma del Derecho Internacional que se exige a la práctica de las inversiones extranjeras. Al respecto, no existe consenso sobre la existencia de una norma internacional sobre su contenido y alcance, pero se asemeja al principio de “buena fe”, mientras la obligación

no tenga una actitud contraria al objeto y fin del acuerdo. Desde esta perspectiva, el trato se configurará caso por caso, en relación con las otras disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político donde esté inserto.

Compensación por expropiación. Las nacionalizaciones o expropiaciones son un riesgo no comercial. La facultad expropiatoria del Estado es un principio reconocido por el Derecho Internacional contemporáneo que deriva del principio de la soberanía del Estado sobre sus recursos naturales, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y por lo tanto, ningún Estado puede ser obligado a no requisar, expropiar o nacionalizar. Sin embargo, en los Acuerdos de Inversión se ha establecido condiciones de legalidad bajo las cuales estas medidas pueden ser adoptadas por el Estado, solo por razones de “utilidad pública”, sobre una base “no discriminatoria”, bajo el “debido proceso legal” y con el pago de una compensación “pronta, justa y efectiva”. Al respecto, algunos APPRI han exigido que el monto de la indemnización se calcule a partir del valor comercial del bien afectado (García, 2005).

1.4 EFECTOS JURÍDICOS

En líneas generales, los principales efectos jurídicos de los APPRI son casi coincidentes con su contenido. Con todo, se hace referencia a los resultados de interés jurídico que han sido identificados como diferentes de los otros acuerdos sobre inversión, comerciales o de tema económico. A continuación, los principales efectos jurídicos de los APPRI.

Trato y protección al inversor extranjero. El Estado receptor se compromete a garantizar en su carácter convencional, la obligatoriedad de su cumplimiento e incurrirá en responsabilidad internacional, cuando incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

El inversor extranjero tiene derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual sea nacional.

Los Tratados Bilaterales de Inversión amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor. Por lo general, estos contratos están sujetos a cualquier afectación del derecho interno, por lo cual el Estado puede resolverlos en forma unilateral por razones de “interés público”, en virtud de su soberanía e independencia económica.

En consecuencia, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero están amparados por estos tratados internacionales que posibilitan su inserción en el orden jurídico internacional, dando al inversor extranjero, la alternativa de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje. En esta forma, el actuar del Estado parte está sujeto al trato estipulado en el APPRI, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, debido a violación de una obligación internacional contenida en un tratado (García, 2005).

Esta dinámica asociada a la relación jurídica de los APPRI, ha sido la justificación legal que ha obligado a los Estados firmantes, a acudir a instancias internacionales, muchas veces, bajo el pretexto de finas interpretaciones sobre cualquier acto soberano de un Estado. Sin embargo, es útil distinguir los incumplimientos o reclamaciones derivadas de los APPRI, de las generadas en los contratos firmados por el inversionista extranjero con las entidades del Estado.

2. APPRI VIGENTE ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

2.1 RESEÑA HISTÓRICA

Este acuerdo fue firmado en Bogotá, el 31 de marzo de 2005, durante el gobierno del presidente Álvaro Uribe, entre Carolina Barco como ministra de Relaciones Exteriores de Colombia y Miguel Ángel Moratinos como ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación de España, con el fin de intensificar la cooperación económica en beneficio recíproco de ambas Partes Contratantes, proponiéndose crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversionistas de cada Parte Contratante en el territorio de la otra, y reconociendo que la promoción y protección de las inversiones con arreglo al presente Acuerdo, estimula las iniciativas en este campo.

El Acuerdo entró en vigor 60 días después, cuando las Partes Contratantes se notificaron recíprocamente que se habían cumplido las respectivas formalidades constitucionales requeridas para la entrada en vigor de acuerdos internacionales, como lo expresa la Sentencia C-309 de 2007, al aprobar el APPRI firmado entre Colombia y España por considerar que es *“una herramienta legítima a la luz de las normas constitucionales”*. Tuvo una vigencia inicial de diez años, después de la cual ha continuado vigente en forma indefinida, mientras no sea denunciado por alguna de las Partes Contratantes por notificación escrita a la otra Parte Contratante. En el caso de denuncia, surtirá efectos 12 meses después de dicha notificación.

En relación con las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha cuando se haga efectiva la denuncia del presente Acuerdo, las disposiciones

contenidas en sus artículos, seguirán vigentes por un período adicional de diez años a partir de la fecha de terminación del Acuerdo.

2.2 ARTICULADO Y CONTENIDO DEL APPRI COLOMBIA – ESPAÑA

Las disposiciones del acuerdo están contenidas en 13 artículos que se relacionan a continuación, y de los cuales se transcribe el contenido del 1° en paráfrasis (Cf), y el 4° y el 10° literal, por ser aquellos que se han invocado en la demanda.

Artículo 1. (Cf). Definición de inversionista, persona física o natural y persona jurídica. Inversiones, propiedad de bienes muebles e inmuebles, derechos reales (hipotecas, prendas, usufructos y similares). Acciones, títulos, obligaciones, y cualquier forma de participación económica en sociedades. Derechos de crédito y cualquier prestación contractual de valor económico vinculada a una inversión. Sin perjuicio de los derechos y obligaciones que correspondan, establece cuáles operaciones quedan excluidas. Rentas de inversión y territorio de las partes contratantes.

Artículo 4. *Nacionalización y expropiación*

1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante 'expropiación') excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

2. La indemnización será equivalente al justo valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación

o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante 'fecha de valoración').

3. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

4. El inversionista afectado tendrá derecho, de conformidad con la Ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este Artículo.

5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que exista participación de inversionistas de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente Artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversionistas una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

6. Las Partes Contratantes podrán establecer, de conformidad con la ley y por razones de utilidad pública o interés social, monopolios que priven a un inversionista de desarrollar una actividad económica. El inversionista recibirá una indemnización pronta, adecuada y efectiva, bajo las condiciones previstas en el presente artículo.

7. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo de los ADPIC de la OMC no puede ser cuestionada bajo las disposiciones de este artículo.

Artículo 10. Controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante

1. Tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en esta Sección será indispensable agotar previamente la vía gubernativa cuando la legislación de la Parte así lo exija.

2. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.

3. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 2, la controversia podrá someterse, a elección del inversionista, a: a) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o b) un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o c) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el 'Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados', abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél.

En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.

4. Siempre que haya transcurrido el plazo previsto en el apartado 3 y que el inversionista contendiente haya notificado por escrito con 90 días de anticipación a la Parte Contratante su intención de someter la reclamación a arbitraje, el inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje.

La notificación prevista en este apartado tendrá como fundamento de la reclamación el que la Parte Contratante ha violado una obligación establecida en el presente Acuerdo y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella. En la notificación deberá especificarse el nombre y la dirección del inversionista reclamante, las disposiciones del Acuerdo que considera vulneradas, los hechos y el valor estimado de los perjuicios y compensaciones.

5. El inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta vulneración a este Acuerdo, así como de las pérdidas o daños sufridos. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado 1 de este artículo, tratándose de actos administrativos, los 3 años a que se refiere el presente apartado se contarán a partir de que dichos actos sean considerados firmes o definitivos.

6. Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de

los procedimientos arbitrales indicados en los literales b) y c) del apartado 3 de este artículo.

7. Dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una reclamación a arbitraje por un inversionista de una de las Partes Contratantes, la otra Parte Contratante podrá solicitar a las autoridades financieras de las Partes Contratantes que se consulten mutuamente si el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe sobre el sector financiero. Las consultas se llevarán a cabo durante 120 días. Si las autoridades de ambas Partes Contratantes consideran que el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe, se excluirá la responsabilidad de la Parte Contratante que sea parte en la controversia. Para los efectos de este apartado, se entiende por medidas prudenciales sobre el sector financiero aquellas que se adoptan para el mantenimiento de la seguridad, solvencia, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras.

8. Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera admitido la inversión o a algunos de los procedimientos arbitrales antes indicados, la elección de uno u otro foro será definitiva.

9. El arbitraje se basará en las disposiciones del presente Acuerdo, el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de Ley, y en las reglas y principios generalmente admitidos de Derecho Internacional.

10. La Parte Contratante que sea parte en la controversia no podrá invocar en su defensa el hecho de que el inversionista, en virtud de un contrato de seguro o garantía, haya recibido o vaya a recibir una indemnización u otra

compensación por el total o parte de las pérdidas sufridas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.

11. Las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante se compromete a ejecutar las sentencias de acuerdo con su legislación nacional.

12. Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante sometidas a proceso judicial o arbitraje internacional de conformidad a lo dispuesto en este artículo, salvo en el caso en que una de las partes en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o al laudo del tribunal de arbitraje, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o laudo arbitral.

3. ANÁLISIS DE LA DEMANDA DE ODEBRECHT CONTRA COLOMBIA

3.1 CRONOLOGÍA DEL CASO

A continuación, se destacan los hechos más relevantes relacionados con las actividades de ODEBRECHT y su participación en el contrato de concesión de la Ruta del Sol II.

Diciembre de 2016. Una corte de Nueva York abrió un proceso contra ODEBRECHT, y señaló que según el Departamento de Justicia de Estados Unidos, esta compañía había entregado a Colombia sobornos por más de U\$11 millones entre los años 2009 y 2014 para asegurar contratos de obras públicas (CNN, 3 marzo de 2017).

13 enero de 2017. Luego de un minucioso trabajo de investigación de la Fiscalía General de la Nación, el exviceministro de transporte Gabriel García Morales fue detenido por sus nexos con los sobornos de ODEBRECHT.

14 de enero de 2017. El exsenador Otto Bula fue detenido por sus nexos con la adjudicación de los contratos de ODEBRECHT y aunque no aceptó cargos, entregó información con la cual se ha hecho un seguimiento a dos casos: la concesión de la Ruta del Sol II en 2009 y su adición en 2014, y la adjudicación de una obra para el Acueducto de Bogotá en 2009.

15 enero de 2017. Gabriel García Morales aceptó haber recibido U\$6.500 millones para asegurar para la empresa brasilera, el Contrato de la Ruta del Sol II.

Febrero de 2017. Con la información de Otto Bula, la campaña presidencial de Juan Manuel Santos, su gerente Roberto Prieto, Óscar Iván Zuluaga y Enrique Ghisays Manzur fueron involucrados.

7 de marzo de 2017. Ghisays Manzur aceptó haber legalizado por U\$750.000, los U\$6.500 entregados a Gabriel García, y, además, creó la empresa Lurion Trading para su hermano Eduardo Manzur.

12 de julio de 2017. La Fiscalía confirmó que ODEBRECHT había asumido costos de las campañas de Santos y Zuluaga, y distribuyó interrogatorios a otros involucrados y directivos de la empresa brasilera.

19 de julio de 2017. Fueron capturados Federico Gaviria que había sido clave para que la empresa brasilera se quedara con el contrato de la Ruta del Sol II, y Eduardo José Zambrano que utilizó dinero que recibió de la Ruta del Sol II para que ODEBRECHT se quedara con el contrato de la vía Ocaña-Gamarra.

25 de julio de 2017. El Fiscal General de la Nación, Néstor Humberto Martínez, sostuvo que los sobornos hechos por ODEBRECHT fueron por más de \$84.000 millones (unos U\$29 millones) (Fiscalía, 25 julio de 2017). Acto seguido, Colombia le solicitó al Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, la nulidad del contrato de la Ruta del Sol, dados “los actos ilícitos que dieron origen a su adjudicación”. Por su parte, el superintendente Pablo Felipe Robledo ordenó a la ANI la terminación anticipada del contrato de la Ruta del Sol II, asegurando que la figura de la caducidad era improcedente de acuerdo con la ley, y optó por la terminación anticipada del contrato, lo cual le permitiría a ODEBRECHT el derecho a defender sus intereses.

3 de agosto de 2019. En la demanda de ODEBRECHT (1° agosto de 2018), contra el Estado colombiano que hasta la fecha no se ha hecho pública, sino que se ha filtrado información por los medios (El Espectador, 16 agosto de 2019). Los abogados de ODEBRECHT piden indemnización a Colombia por “daños y pérdidas sufridas” por las obras del Proyecto Vial Ruta del Sol, aclarando que se realizó con fondos privados por más de \$6.000 billones (más de U\$2.000 millones).

La compañía ODEBRECHT dice que ha entablado demanda contra Colombia porque a pesar de que hubo una terminación por voluntad mutua del contrato del proyecto vial Ruta del Sol II, Colombia viene adelantando una serie de “actuaciones arbitrarias por medio de actos discriminatorios, injustos e inequitativos” con el fin de “asfixiar a la concesionaria y apropiarse del valiosísimo proyecto para su solo beneficio sin pagar la liquidación que por pacto le correspondería” luego de terminado el acuerdo (El Tiempo, 25 julio de 2019).

ODEBRECHT ha demandado a Colombia por “expropiación ilegal de sus intereses” amparándose en el artículo 4 del APPRI España-Colombia (El Espectador, 2 agosto de 2018). En efecto, en la demanda enviada al Gobierno colombiano, la concesionaria indica que: “Con fundamentos en las afirmaciones fácticas y legales expuestas en la presente, que sustentan cada reclamación, la presente carta constituye una notificación formal de disputa conforme al artículo 10 del APPRI (Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones). España reclama la indemnización y el resarcimiento de los daños causados a sus inversiones por las múltiples violaciones a sus obligaciones asumidas bajo el acuerdo”.

“El Estado Colombiano está haciendo virtualmente imposible que las compañías puedan presentar una defensa real de sus abogados en Colombia

que los puedan representar, dadas las limitaciones para poder atender en el país el pago de sus honorarios”, dice la demanda de ODEBRECHT. La constructora asegura que el Estado colombiano lidera una “campaña de persecución” en su contra a través de “actos hostiles” que van desde medidas cautelares y procesos disciplinarios contra la compañía, hasta la apropiación ilícita del proyecto Ruta del Sol, según la demanda (CNN, 3 agosto de 2018).

En un comunicado en los medios colombianos (bluradio.com, 3 agosto de 2018), ODEBRECHT en Colombia negó que haya “demandado” a Colombia y que haya solicitado una “indemnización”, diciendo: “Lo que se solicita es el reconocimiento de la inversión de obras ejecutadas, que ascienden a la suma de \$3,8 billones para cumplir con obligaciones frente a trabajadores, proveedores, bancos e inversionistas, todos los cuales contribuyeron de diferentes maneras a la ejecución del proyecto”.

6 de noviembre de 2018. El Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá declaró nulo el contrato por corrupción, y ordenó el pago de \$211.000 millones a ODEBRECHT, aduciendo que la sentencia de la Corte Constitucional imponía una serie de exigencias incumplidas. Por ejemplo: que el monto de pago no podía exceder el valor de la obra y como el Tribunal cuantificó ese valor en \$4,7 billones, de los cuales el Estado ya había pagado \$4,5, el saldo es de \$211.000 millones.

6 de diciembre de 2018. Sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección primera. M. P. Manuel Lasso. Ref: 2500023410002017000. De cuyo contenido (Cf), se resalta: al declararse la nulidad de un contrato por causa ilícita, el contratista tendría derecho a la remuneración de las obras ejecutadas hasta el estado en el cual se encuentren en el momento de declararse la nulidad. Destaca que la Ley 80 de 1993

establece que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por causa ilícita.

6 de agosto de 2019. El Tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá al conocer la demanda de ODEBRECHT, EPISOL y CSS Constructores contra la Nación, reafirmó que el Estado debe poner \$211.000 millones, "ni un peso más" (El Espectador, 16 agosto 2019).

Aunque en la demanda, ODEBRECHT reconoce las "actuaciones irregulares" de exfuncionarios de sus compañías en varios países y dice que desde diciembre de 2016 la empresa ha colaborado con la justicia colombiana, lo cual ha permitido avanzar con las investigaciones y adoptar medidas legales por el mal actuar de la compañía en este país, insiste en reclamar esta indemnización por la terminación del contrato de la Ruta del Sol, una obra con la cual se construyeron 200 Kilómetros de carretera de doble calzada, 300 Kilómetros de vías nuevas y 200 Kilómetros de vías rehabilitadas que según la demanda, ha generado beneficios socioeconómicos por \$15 mil billones, casi tres veces el valor de la inversión.

16 agosto 2019. Los árbitros del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, Jorge Ibáñez, Catalina Hoyos y Carlos González, sostuvieron que las deudas contraídas por ODEBRECHT con los bancos, las deben pagar sus socios. Además, aclararon que la deuda de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), es de \$211.273'405.561, de los cuales \$187.000 millones ya se encuentran en la Fiduciaria del proyecto, es decir, la ANI solo deberá pagar \$24.217 millones. Los árbitros declararon la nulidad absoluta del contrato porque la Concesionaria Ruta del Sol lo logró en 2010, con maniobras ilegales, sobornos transnacionales, es decir, actos ilícitos.

4. RESULTADOS

De todo lo expuesto en el capítulo anterior, se exponen los siguientes resultados que permiten llegar a la conclusión sobre el alcance legal del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), entre Colombia y España, con el fin de cumplir con el objetivo principal de la presente investigación.

Sentencia del 6 de diciembre de 2018. Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Al declarar la nulidad del contrato por causa ilícita, el contratista tiene derecho a la remuneración de las obras ejecutadas hasta el estado en que se encontraban al momento de declararse la nulidad, de acuerdo con la Ley 80 de 1993.

Vacíos de los APPRI. Un APPRI es un instrumento jurídico de carácter internacional por el cual dos Estados se comprometen a garantizar al inversionista extranjero, el trato y protección de su inversión con un marco legal aplicable. Se trata de patrones de conducta más que de normas jurídicas para solucionar vacíos, e incluye normas de protección con indemnización justa, pronta y adecuada. Ante un diferendo, los inversionistas pueden acudir a la negociación diplomática y si no hay acuerdo, pueden acudir al arbitraje internacional sin presencia de su respectivo Estado.

Como los beneficiarios directos son los inversionistas, el contenido de sus obligaciones y derechos afecta las obligaciones y derechos para cada una de las partes, al establecer para los Estados solo las obligaciones y los derechos para los inversionistas. Un APPRI es un tratado internacional diferente para cada caso.

Conducta ilícita de ODEBRECHT para conseguir contratos. Al respecto, no hay discusión e incluso, la misma compañía aceptó que funcionarios o directivos de sus empresas en diversos países, cometieron ilícitos por lo cual, fueron separados de la organización.

APPRI Colombia-España. Artículo 4. Nacionalización y expropiación solo por interés público y en el caso de presentarse, establece la indemnización con un pago oportuno, pronto, adecuado y efectivo, bajo las condiciones previstas en el presente artículo. A pesar de consultar archivos y reportes periodísticos, fue imposible establecer que Colombia haya expropiado o nacionalizado todo o parte de los bienes que ODEBRECHT tenga en Colombia.

Artículo 10. Controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante.

Cuando se trate de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en esta Sección, será indispensable agotar la vía gubernativa cuando la legislación de la Parte así lo exija. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, respecto de cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. Cualquiera de las partes puede someter la controversia sin la presencia del Estado del cual haga parte. En el presente caso, no se entiende por qué España está reclamando indemnización, si por ninguna parte aparece inversión española de ODEBRECHT en Colombia.

Cuando la controversia no pudiera ser resuelta como se mencionó, podrá someterse a elección del inversionista, a: a) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o b) un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o c) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el 'Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados', abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquél. Si una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI.

APPRI Colombia-Brasil no existe. ODEBRECHT pretende utilizar una de sus empresas, Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., que opera en España, para aprovechar el APPRI Colombia- España y demandar el país por U\$1.300 millones por expropiación ilegal e incumplimiento en el proceso liquidatorio del contrato. Esta subsidiaria creada el 23 de junio de 2015, con un capital social de €3.000, fue conformada para la “gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español”, pero no es clara su vinculación dentro del APPRI firmado entre Colombia y España.

Cuando se suscribe un contrato entre una entidad privada y una entidad estatal, en el cual las partes involucradas se encuentren en países diferentes y entre ellos no existen acuerdos APPRI, las sociedades crean filiales en otros países donde sí los haya, para beneficiarse de sus alcances. En opinión de la autora de la presente investigación, estos acuerdos no deberían tener una

cobertura tan amplia que ampare una filial que no sea parte en la relación jurídica con el Estado contratante y además, deberían ser más rígidos, cuando durante el desarrollo de los proyectos se confirme la comisión de delitos y en especial, cuando se vea afectado el patrimonio y recursos del Estado contratante, como ocurre en el proceso en comento.

A pesar de las indagaciones, fue imposible identificar las actuaciones arbitrarias y los actos discriminatorios, injustos e inequitativos a los cuales se refiere ODEBRECHT para decir que Colombia la intenta asfixiar para apropiarse del valioso proyecto para su solo beneficio, sin pagar la liquidación que había sido pactada luego de terminar el acuerdo.

CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en el contenido del texto de la presente investigación, y teniendo en cuenta las actuaciones de Colombia por las cuales ha sido demandada por ODEBRECHT, estas son las conclusiones.

En primer lugar, al analizar los pormenores de la actuación de ODEBRECHT en su relación contractual y ejecución de las obras de la Ruta del Sol II, y a la luz de la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, es evidente que se trata de un caso de corrupción transnacional, porque sus acciones ilícitas se han cometido en más de un Estado, por lo menos en 11 países de varios Continentes. Además, la coordinación de sus actividades se ha hecho desde un Estado diferente (Brasil), desde donde ha cometido sus actividades ilícitas, por medio de un grupo delictivo que opera en varios Estados y tiene efectos sustanciales en otro. Este delito comprende los demás que se incluyen en el concepto de corrupción: cohecho, concusión, tráfico de influencias, peculado, corrupción, etc., algunos de los cuales se han evidenciado en la investigación sobre las actividades de ODEBRECHT en Colombia.

El fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca anuló el contrato y negó reconocimientos económicos adicionales, porque el fraude y la corrupción propiciados por esta multinacional no pueden ser fuente jurídica. Sin embargo, reconoce algún derecho de las obras ejecutadas hasta el momento de declararse la nulidad, y que la Ley 80 de 1993 establece que habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por causa ilícita.

Esta sentencia representó para la compañía la terminación anticipada del contrato, pero dejó abierta la posibilidad para que ODEBRECHT contrademandara al Estado colombiano, por la terminación anticipada del contrato.

En cuanto a la gestión del Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá, declaró nulo el contrato por corrupción, y ordenó pagar \$211.000 millones a ODEBRECHT, aduciendo que la sentencia de la Corte Constitucional destacó que el monto de pago por terminación anticipada del contrato no puede exceder el valor de la obra y como el Tribunal cuantificó ese valor en \$4,7 billones, de los cuales el Estado ya ha pagado \$4,5, el saldo es de \$211.273'405.561, pero como en la Fiducia del proyecto se encuentra la suma de \$187.000 millones, la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), solo debe pagar \$24.217 millones.

Como no existe un acuerdo APPRI entre Colombia y Brasil, ODEBRECHT ha recurrido al APPRI firmado entre Colombia y España, utilizando su empresa filial Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., con sede en España. Al respecto, esta filial fue creada para “gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español”. Este objeto de la empresa es tan amplio como ambiguo y no se observa su vinculación legal con ODEBRECHT y menos su capacidad para representarla en un proceso judicial de millones de dólares, cuando su capital social es de una exigua suma de €3.000. Al respecto, en este punto se observa un vacío legal en relación con el contenido de los APPRI que incluye amplios derechos y prerrogativas para los inversores particulares en detrimento de los derechos de los Estados involucrados.

De igual forma, del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, se deduce que las sanciones impuestas a las personas declaradas responsables judicialmente

por la comisión de delitos contra la administración como el soborno transnacional, recaerán sobre las sociedades en las cuales sean socias tales personas, a sus matrices y a sus subordinadas. Por lo tanto, Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., fue partícipe del soborno transnacional ejecutado por ODEBRECHT.

El acuerdo APPRI Colombia España, contempla en su articulado la defensa y protección de los flujos comerciales, garantizando protección a la inversión y asegurando la compensación por pérdidas, regulando la expropiación solo para algunos eventos de naturaleza específica, con la promoción y admisión de la inversión. No hay fundamento para que en su demanda, ODEBRECHT invoque este acuerdo que existe previo al proceso de su contratación y licitación (2005), asegurando que su inversión es sujeto de indemnización y no puede ser objeto de expropiación como lo establece el texto del mencionado APPRI. Sostiene además, que el Tribunal de arbitramento cometió un error al no considerar la existencia de este acuerdo, teniendo en cuenta que aunque la empresa es brasilera y entre Brasil y Colombia no existe algún tipo de acuerdo, existe su filial Odebrecht Latinvest Transport Colombia SL., que opera en España, con la cual podría demandar su inversión desde España, país con el cual Colombia tiene un APPRI vigente. Este argumento carece de validez, a la luz del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, como se expresó en párrafo anterior.

La sentencia del Tribunal de Cundinamarca y el laudo del Tribunal de Arbitramiento no argumentan expropiación sino terminación anticipada y anulación por hechos ilícitos. De tal manera que este argumento de ODEBRECHT tampoco tiene fundamento legal porque la expropiación no se adujo en la terminación de su contrato de la Ruta del Sol II.

España no puede reclamar indemnización, porque en ninguna parte aparece inversión española de ODEBRECHT en Colombia y además, de acuerdo con los efectos jurídicos de los APPRI, *El inversor extranjero tiene derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional*. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual sea nacional, en este caso, hubiera sido Brasil.

Si bien es cierto, ODEBRECHT puede reclamar mediante su filial en España, en una operación muy elaborada desde el punto de vista legal, de igual forma y por extensión, Odebrecht Latinvest Transport Colombia S.L., debe quedar entonces, dentro de las operaciones ilícitas que su matriz adelantó en Colombia para acceder a las licitaciones que dieron origen al proceso en comento. En consecuencia, su actuación en el proceso, está viciada por ilicitud.

Por otra parte, la figura de expropiación no es válida porque los bienes de ODEBRECHT no fueron expropiados en Colombia. El único recurso que tiene la multinacional, es invocar la Ley 80 de 1993 que se aplica a todos los contratos en los cuales un particular contrata con el Estado, y establece que cuando un contrato es declarado nulo por causa ilícita, habrá reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de su suspensión.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

BARBERIS, J. (1984). *Los sujetos del Derecho Internacional actual*. Madrid: Tecnós.

Comisión Económica para América Latina (2007). *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe 2006*. Santiago de Chile.

Diccionario de Filosofía (1996). *Tomás de Aquino*. Santafé de Bogotá: Panamericana.

GARCÍA, I. (2005). *La protección de las inversiones exteriores*. Valencia: Tirant Lo Blanc.

GIMÉNEZ, G., LÓPEZ-PUEYO, C. & SANAÚ. J. (2014). *Human capital measurement in OECD countries and its relation to GDP growth and innovation*. En: *Revista de Economía Mundial* 39, 2015: 77-108.

GRANATO, L. & NAHUEL, C. (2007). *Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?* En: *Revista EAFIT*. V. 43 (148): pp. 25-41. Medellín.

KECHEKIAN, S.F., et al. (1959). *Historia de las Ideas Políticas. Desde la antigüedad hasta nuestros días*. 2 ed. Traducción de M.B. Dalmacio. Buenos Aires: Cartago.

MARTÍNEZ, A. (1996). *Determinantes de la inversión extranjera. La inversión extranjera directa y otras formas de financiamiento externo*. Santafé de Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

MAYER, J. P. (1961). *Trayectoria del pensamiento político*. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica.

MEYNIAL, E. (1932). *El legado de la Edad Media*. Oxford: University Press.

SÁNCHEZ, G. (2015). *Crecimiento económico colombiano, 1950-2010: Una aproximación desde los sistemas sociales de innovación y de producción* (Documentos doctorado FCE- CID, 02). Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá.

TAMAYO Y TAMAYO, M. (2002). *El proceso de la investigación científica*. 4 ed. México: Limusa.

DOCUMENTOS EN INTERNET

Blu Radio (3 agosto de 2018). *Comunicado de Odebrecht en Colombia*. Recuperado de: <https://www.bluradio.com>

CNN (7 marzo de 2017). *¿En qué va el caso Odebrecht?* Recuperado de: <https://cnnespañol.cnn.com/en-que-va-el-caso-odebrecht-cnn>
CNN (3 agosto de 2018). *Odebrecht demandó a Colombia*. Recuperado de: <https://cnnespañol.cnn.com>

El Espectador (16 agosto de 2019). *Tribunal de arbitramento emite declaraciones*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial>

El Espectador (7 octubre de 2019). *Las acciones del Estado colombiano contra Odebrecht*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/las-10-cartas-del-estado-colombiano-para-combatir-la-corrupcion-de-odebrecht>

El Espectador (12 octubre de 2019). *Los peros de ODEBRECHT al laudo arbitral de la Ruta del Sol*. Recuperado de: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/los-peros-de-odebrecht-judicial>

El Tiempo (25 julio de 2019). *Episod no apoyó la demanda de Odebrecht contra Colombia*. Recuperado de: <https://eltiempo.com>economia>sectores>

Fiscalía General de la Nación (25 julio de 2017). *Comunicado de prensa*. Recuperado de: <https://www.fiscalia.gov.co>

GRANATO, L. (2005). *Protección al Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión* (tesis en opción Master en Derecho de Integración Económica). Escuela de Posgrado. Universidad del Salvador. Buenos Aires. Recuperado de: www.eumed.net/libros/2006b/lg/1c.htm - 74k

MORA, H. (2005). *Los Acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio: De vuelta al AML*. San José: Universidad Nacional Heredia. Recuperado de: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/reyno/reyno.html>

MORENO CORREDOR, L. A. (2008). *Teoría económica y la inversión extranjera*. En: *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, 92. Recuperado de: <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/08/lamc1.htm>

OCDE (2018). *Convención Anticohecho*. Recuperado de: <https://www.oecd.org>daf>anti-bribery>anti-briberyconvention>

PERROUX, F. (1982). *Las Empresas Transnacionales y el nuevo orden económico del mundo*. Traducción de Hugo Rangel. México: UNAM. Recuperado de: <http://www.bibliojuridica.org>

Semana (2019). *Últimas noticias de Odebrecht*. Recuperado de: <https://www.semana.com > Odebrecht>

VILLEGAS ECHEVERRI, L.C. (2016). *Brasil, una economía de liderazgo y promesa para Colombia*. En: *Crónica universitaria: revista de la Universidad Sergio Arboleda*. Recuperado de: http://www.usergioarboleda.edu.co/cronica_universitaria/brasileconomia-liderazgo-promesa-colombia.pdf

NORMATIVA

Corte Constitucional (3 mayo de 2007). Revisión oficiosa de la Ley 1069, por medio de la cual se aprueba el '*Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones*'. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Ley 1474 (2011). En: *Diario Oficial* No. 48128 del 12 de julio.

Ley 1778 (2016). Del 10 de febrero por la cual se modifica el Estatuto Anticorrupción.