

NATALY VERA CASTELLANOS

**LA PREVENCIÓN DE HECHOS ILÍCITOS INTERNACIONALES EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL EN COLOMBIA. UN ANÁLISIS DEL CASO
GLENCORE INTERNATIONAL AG Y C.I. PRODECO S.A. CONTRA EL ESTADO
COLOMBIANO**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

**MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO
ADMINISTRATIVO**

2020

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

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Marta Hineirosa Rey

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Director Departamento

Derecho Administrativo: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Presidente de Tesis: Dr. Bernardo Vela Orbegozo

Director de Tesis: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

Examinadores: Dr. José Luís Benavides

Dr. Anibal Zarate

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	1
CAPÍTULO 1. El ejercicio de potestades públicas de un Estado y su relación con el derecho internacional de las inversiones: Un análisis al proceso de proceso ordinario de responsabilidad fiscal N° CD 000244 adelantado por la Contraloría General de la República.....	7
1.1. Antecedentes del contrato N° 044 de 1989 celebrado entre CI PRODECO, PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. y el Instituto Colombiano de Geología y Minería – INGEOMINAS y proceso ordinario de responsabilidad fiscal N° CD 000244 adelantado por la Contraloría General de la República - Análisis de los actos administrativos expedidos	20
1.2 Breves consideraciones respecto a la decisión tomada por la Contraloría General de la República.....	52
CAPÍTULO 2. Aproximación al régimen de los tratados internacionales de inversión y sus implicaciones en el desarrollo de las potestades del poder público	68
2.1. Protección a través del arbitraje internacional de inversiones.....	82
2.2. Proceso arbitral: Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. vs. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/16/6).	90
CAPÍTULO 3. Propuesta para la prevención de hechos ilícitos internacionales por la violación de normas internacionales en materia de inversión. Gestión y administración de riesgos.....	116
3.1. Análisis Normativo.....	129
3.2. Identificación de Riesgos y su gestión.....	167
3.3. Mapa de riesgos – Matriz de seguimiento	181
Conclusiones	195
Bibliografía	201

INTRODUCCIÓN

En un escenario de globalización e integración económica, donde los estados han venido perdiendo ámbitos de acción que, anteriormente solo le pertenecían de forma exclusiva a las entidades estatales soberanas, los desafíos para el derecho administrativo cada vez son mayores. Poco a poco las estructuras tradicionales de los estados modernos han resultado obsoletas e incluso contrarias para asumir los retos que suponen los diferentes compromisos internacionales asumidos, razón por la cual, el paradigma de una soberanía absoluta, con poderes ilimitados y ampliamente discrecionales, se ha ido desvaneciendo, llevando a aceptar la imperiosa necesidad de preparar a los estados desde diferentes frentes para cumplir este cometido.

Es así como, la creciente influencia del derecho internacional público y la consecuente cesión y renuncia de competencias soberanas por parte del Estado, hace necesario que los derechos dimésticos de todas las naciones, diseñen mecanismos de asimilación y armonización entre sus normas e instituciones domésticas con las obligaciones internacionales aceptadas, so pena de incurrir en escenarios de responsabilidad internacional del Estado. Tal situación se presenta porque, a la luz del ordenamiento jurídico internacional, los derechos nacionales no son derechos aplicables a las relaciones de este orden, circunstancia que se avala bajo una norma de importancia mayúscula en materia de tratados internacionales como es el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que dispone lo siguiente: ***El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.***

En la misma línea y reforzando la idea esbozada en el párrafo anterior, la Organización de las Naciones Unidas a través de la Resolución 56/83 de 2001, que codifica los artículos sobre la *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, establece en su artículo 3 que *La calificación del hecho*

del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

En consecuencia, una vez lo estados deciden aceptar obligaciones internacionales, su primer deber se materializa en la obligación de adecuación de su ordenamiento jurídico nacional, con el fin de evitar incompatibilidades o contradicciones entre las normas jurídicas de los diferentes ordenes. Dicha tarea no es fácil, más aún cuando se trata de compromisos internacionales cuyas obligaciones no son del todo claras, es decir, se trata de contenidos obligacionales abstractos que pueden llegar a tener un significado o un contenido particular, de acuerdo con las circunstancias específicas de un caso en concreto.

En línea con lo anterior, son múltiples las situaciones que los estados deben tener en cuenta en relación con las obligaciones internacionales aceptadas, pues muchos de los errores que se suelen cometer por parte de los agentes estatales, parten del legítimo ejercicio de las funciones que constitucional, legal o reglamentariamente tienen asignadas. Aunque dicha situación, en principio, debería no ocurrir si se ha cumplido con la obligación de armonizar el derecho nacional con los compromisos internacionales adquiridos, es latente la posibilidad de violar el derecho internacional a través de distintos instrumentos domésticos, tales como una ley, una decisión judicial, un acto administrativo, etc., ya sea porque el funcionario llamado a cumplirla desconoce la existencia o el porte de la obligación internacional o, sencillamente, de manera abiertamente arbitraria y unilateral, decide no tenerla en cuenta, al considerar que no se trata de una norma aplicable a una situación en concreto, ya que encuentra una norma nacional que le favorece su posición.

Así pues, son múltiples los escenarios en los que se puede materializar un hecho ilícito internacional que comprometa la responsabilidad del Estado y, con el paso del tiempo, presenciamos cómo, poco a poco, empiezan a crecer en número las

controversias internacionales donde se cuestionan aspectos fundamentales de la soberanía de un Estado, tales como el poder regulatorio y las funciones propias del control.

En ese orden de ideas, son muy diversas las obligaciones internacionales que se van acumulando por parte de los estados, teniendo un catálogo obligacional muy diverso en cuanto a las materias, como en los alcances de las mismas. Asimismo, es importante tener en cuenta que, por ejemplo, en materia de tratados internacionales, cada uno de ellos es un régimen jurídico autónomo e independiente, creando universos jurídicos propios y exclusivos para las relaciones que de allí nazcan. En ese sentido, aunque los tratados puedan ser similares en su redacción y contenido, pueden no generar los mismos efectos, situación que hace aún más complicada la armonización y coherencia entre el derecho internacional y el ordenamiento jurídico doméstico.

Sumado a lo anterior, el problema se profundiza cuando los estados no se encuentran preparados para asumir los compromisos internacionales, los cuales, normalmente, no distinguen entre, por ejemplo, países desarrollados y no desarrollados o entre estados institucionalmente fuertes y aquellos que son débiles. En ese sentido, las tendencias de la comunidad internacional en el escenario de la globalización, permiten que cualquier estado sin importar sus condiciones propias y amparado en el principio de igualdad soberana, asuma obligaciones sin poder tener en cuenta sus características y capacidades, lo que puede llegar a terminar en la legitimación de relaciones asimétricas entre los diferentes estados, dando como resultado la agudización de las inequidades presentes en las relaciones internacionales.

Ahora bien, el escenario recién mencionado se puede observar, especialmente, en las normas internacionales de carácter económico, queriéndonos referir no solamente a los tratados, sino también a los principios y a las costumbres en la materia. Se trata de relaciones jurídicas internacionales que han dado origen al

movimiento integracionista de las naciones, que se ha ido materializando, principalmente, a través de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión, los cuales cuentan con un gran cúmulo de obligaciones que no discriminan de acuerdo a las condiciones económicas de los estados. Es así como, en dicho escenario se le ha dado carrera a normas-principio como el trato justo y equitativo, el trato nacional y la nación más favorecida, estándares que exigen de todos y cada uno de los estados, conductas que, para aquellos que son económicamente estables e institucionalmente fuertes, son simples parámetros de trámite, mientras que para otros estados con condiciones menos favorables, suponen la renuncia a sus propios intereses nacionales e incluso, importantes pérdidas de soberanía desde el punto de vista político, económico y jurídico.

Tal es el caso, de la primera condena internacional en materia de inversión extranjera pronunciada contra la República de Colombia en el seno del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, institución perteneciente al Banco Mundial. Allí se llevó a cabo un juicio internacional arbitral contra el Estado colombiano, al considerar que con ocasión de una sanción impuesta al inversionista *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A.*, mediante un proceso administrativo de responsabilidad fiscal, se violaron algunos artículos del tratado bilateral de inversión celebrado entre Colombia y Suiza, en particular algunas normas convencionales que reconocen derechos a los inversionistas.

Se trata de una controversia común y corriente en el derecho internacional de inversiones, pues con frecuencia en estos escenarios se ponen en entredicho las facultades del poder regulatorio de un Estado de cara al porte de las obligaciones que implican respetar los derechos a un inversionista extranjero reconocidos en un tratado. En ese sentido, es posible pensar que el solo hecho de aceptar compromisos internacionales como los que se han mencionado, supone no solamente unas restricciones al poder soberano, si no además, en sí mismo una

serie de riesgos para el Estado, los cuales, deberán ser gestionados en debida forma, en pro de garantizar los intereses nacionales.

En ese sentido, el propósito central de esta investigación radica en hacer un análisis a partir del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República contra la empresa Glencore International AG y C.I. Prodeco S.A. y el procedimiento arbitral Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. vs. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/16/6) adelantado por el CIADI, con el fin de revisar cómo el Estado colombiano gestiona los riesgos propios y derivados de la inversión extranjera, teniendo en cuenta que muchas de las obligaciones internacionales en la materia, tienen un contenido vago e impreciso, que, ciertamente, viene a ser definido por autoridades arbitrales de orden internacional de cara a una controversia particular, aumentando los riesgos de pérdida de poderes soberanos.

Así las cosas, el presente trabajo de investigación se desarrollará a partir de tres grandes capítulos. El primero destinado a realizar un análisis del proceso de responsabilidad fiscal llevado a cabo por la Contraloría General de la República de Colombia. Para este cometido partiremos del estudio del contrato celebrado entre el Estado y el inversionista junto con todos sus modificaciones, con el fin de comprender la razón por la cual se inicia el proceso administrativo por parte del organismo de control y de esta manera comprender las razones que justificarían la decisión que termina en una sanción.

El segundo capítulo se concentrará en el estudio del proceso arbitral internacional adelantado ante el CIADI. Para ello, será necesario iniciar con una breve aproximación al derecho internacional de las inversiones, así como del mecanismo de solución de controversias utilizado en el caso en concreto. De la misma forma, se abordarán sucintamente los argumentos dados por el tribunal en relación con las pretensiones de Glencore y las excepciones propuestas por Colombia.

Finalmente, el tercer capítulo busca poner de presente cuáles son los riesgos que supone el derecho internacional de las inversiones para un Estado como Colombia, haciendo especial énfasis en las limitaciones que se generan en relación con el poder regulatorio. De esta manera se procede a analizar cómo en el derecho colombiano, la administración ya ha identificado los riesgos y ha propuesto estrategias para la gestión de aquellos derivados de la inversión extranjera, sin que parezca haber tenido el efecto esperado. Por último, se planteará una propuesta metodológica que podría permitir una mejor gestión de los riesgos identificados.

CAPÍTULO 1

1. El ejercicio de potestades públicas de un Estado y su relación con el derecho internacional de las inversiones: Un análisis al proceso de proceso ordinario de responsabilidad fiscal N° CD 000244 adelantado por la Contraloría General de la República

En el mundo contemporáneo donde las relaciones de integración y globalización han permeado los diferentes escenarios en los que, en principio, eran solo los estados los llamados a tener un rol preponderante, las circunstancias han venido tomado otro rumbo, a tal punto que, en la economía, en la política, en el derecho, y en otras esferas de lo público, diferentes son los actores que participan de las dinámicas del paradigma globalizado¹. En ese sentido, hemos venido presenciando una evolución que deja a los estados debilitados, pues hoy por hoy, ellos han ido perdiendo paulatinamente espacios de su antigua soberanía².

Los marcos jurídicos, económicos y políticos diseñados para un modelo económico basado en actores supeditados a las actuaciones estatales, poco a poco se van demostrando ampliamente ineficaces y aislados de esta nueva realidad presentada por la dinámica de las compañías globales. En ausencia de un conjunto de normas aplicables al caso de estos particulares actores económicos, sus actuaciones se enmarcan dentro de los imperativos del mejor perfil comercial, permitiendo así, la posibilidad de aprovecharse de los estados, de las normas del mercado, del medio ambiente, de los trabajadores y de las poblaciones locales³.

A raíz de lo anterior, para los Estados en el “nuevo” orden mundial se ha ampliado la esfera de las problemáticas que deben resolver, por lo que sectores como el de

¹ TEITELBAUM, Alejandro. *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*. Barcelona, Icaria, 2010, pp. 82-85.

² CHEVALLIER, Jacques. *El estado posmoderno*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 81-88.

³ DAUGAREILH, Isabelle. “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica” en *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 27, núm. 1, Madrid, 2009, p. 78.

telecomunicaciones, el comercio internacional, las compras públicas, la infraestructura, entre otros, ya no son regulados únicamente por normas puramente nacionales, puesto que la dinámica de la globalización ha supuesto que dichas esferas, así como otras tantas, reciban un tratamiento supranacional, lo que a su vez, ha implicado cierta transferencia del poder regulatorio desde el nivel doméstico o local al nivel global.⁴

En el ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones, se mantiene la idea de que estas nuevas regulaciones supranacionales están teniendo un impacto altísimo sobre los sistemas jurídicos nacionales, muchas veces sin que se tenga un control específico por parte de los mismos estados, causando así una pérdida de soberanía importante y un sometimiento no solo a normas de origen internacional, sino a la decisión de órganos internacionales de solución de controversias⁵.

Así pues, en un primer lugar, podemos señalar que muchas de las normas aceptadas por los estados que a su vez supone la adquisición de obligaciones internacionales en el marco de organizaciones como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las contenidas en los Tratados de Libre Comercio (TLC) y en los Acuerdos de Promoción y Protección a las Inversiones –(APPIs), requieren ser cumplidas mediante modificaciones en la regulación nacional, que en su mayoría aún hoy dependen del poder legislativo de cada Estado, pues existen reservas de ley⁶.

Ahora bien, desde ya, debe señalarse que frente al tema objeto de análisis, el primer problema evidenciado a nivel estatal no solo es la interpretación unilateral del conjunto de normas internacionales por parte de las autoridades nacionales,

⁴ **GOMES, Biacchi.** Supranacionalidad y Derechos Fundamentales: Efectividad del Derecho Derivado en la Comunidad Andina y en el Sistema de Integración Centroamericano, (En línea) Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000100099 Fecha de Consulta: febrero de 2019.

⁵ **CHEVALLIER, Jacques.** *Op. Cit.*, pp. 213-235.

⁶ “(...) Reserva de ley, que es una institución jurídica conforme a la cual, por disposición de la propia Constitución, corresponde exclusivamente al legislador el desarrollo de determinadas materias.” **Corte Constitucional de Colombia.** Sentencia C-690-03, Magistrada Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Doce (12) de agosto de dos mil tres (2003).

como lo analizaremos más adelante en el estudio del caso concreto, sino que además, involucra también, de forma muy frecuente, la falta de implementación de modificaciones de normas internas, en busca de lograr una plena armonización con las obligaciones internacionales. En ese sentido, la legislación nacional o local termina siendo incompatible con los compromisos asumidos por el Estado, haciendo que éste último, y a partir de la generación de *hechos ilícitos internacionales*⁷, incurra en responsabilidad internacional⁸.

En otras palabras, en la medida en que la regla internacional solo exija modificaciones de las normas internas, pero sin un reconocimiento material del efecto directo de normas de tipo internacional, el impacto en el derecho interno o doméstico será aún mayor en cuanto a sus consecuencias, puesto que la aplicación siempre quedará sometida a márgenes de apreciación interna de los Estados, de cara a los costos que puede implicar su no cumplimiento.

En ese sentido, es de anotar que ya en el ámbito puntual del derecho internacional de las inversiones se han creado normas que impactan las relaciones contractuales entre los estados y los inversionistas extranjeros⁹, circunstancias que usualmente tienen como derecho aplicable las normas nacionales en materia de contratación pública, pero que en el marco de lo establecido en los acuerdos de protección a la inversiones, se le reconocen unos derechos a estos particulares, dentro de los que se puede destacar, el hecho de poder acudir a tribunales internacionales sin tener que agotar los recursos internos, siendo el derecho administrativo de los estados posteriormente valorado por esta vía, conforme a estándares de la misma naturaleza, los cuales se derivan del conjunto de tratados y normas consuetudinarias en la materia¹⁰.

⁷ Artículo 1 y 2 de la resolución 56/83 de 2001 de la Asamblea General de la ONU

⁸ **GARCÍA, Olano. Teoría del Control de Convencionalidad, (En línea), disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003**, fecha de consulta: Febrero de 2019.

⁹ **LINARES JARA, Mario.** El Sistema Internacional de Protección de las Inversiones Extranjera y los Contratos Públicos, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo- AEDA, Editora Jurídica Gríjley, Lima, 2006.

¹⁰ **SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique.** El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino., (En línea), Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3684/3866>, Fecha de consulta: febrero de 2019.

Ahora bien, las disputas sobre temas regulatorios hacen parte del tráfico jurídico de una nación, la preocupación actual sobreviene específicamente porque dichas controversias, que antes eran resueltas internamente por los estados con la aplicación exclusiva del derecho nacional, hoy están yendo a tribunales internacionales de arbitraje de inversión, los cuales se encuentran configurados o creados para la toma de decisiones a la luz del derecho internacional aplicable, sin tener en consideración los aspectos de desarrollo socioeconómico de los estados o la protección de los intereses de naturaleza pública o estatal¹¹.

Todo lo anterior, no es más que una consecuencia lógica de la forma en la que se encuentran redactados algunos tratados de naturaleza económica que buscan ya sea la protección a la inversión extranjera o el libre comercio. Asimismo ocurre con los contratos celebrados entre inversionistas extranjeros y los estados, los cuales generan constantes tensiones, ya que por un lado, se encuentran los derechos de los inversores a no ser tratados de manera discriminatoria y/o arbitraria según lo establecido en los tratados mismos, y por el otro lado, las facultades tradicionales gubernamentales de regular las actividades económicas dentro de algunos países, de cara a la esperada defensa del interés público por parte de los estados.

En ese sentido, vale la pena remarcar que en la actualidad diversos países latinoamericanos, enfrentan cuantiosas demandas ante tribunales de arbitraje y Colombia no es la excepción¹². Una de las principales razones podría enfocarse en los resultados arrojados por las defectuosas o ausentes políticas públicas en armonía con los compromisos internacionales del Estado colombiano, y la consecuente aplicación y/o interpretación unilateral de normas y contratos, por parte de las autoridades nacionales, tanto de índole judicial como administrativa¹³.

¹¹ **JOHNSON Lise; VOLKOV, Oleksandr.** “Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno”, en *Investment Treaty News Quarterly. Boletín trimestral sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible*. Número 1, Tomo 5. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2014. (En línea). Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2014/iisd_itn_jan_2014_es.pdf.

¹² **ROBAYO GALVIS, Wilfredo.** La defensa internacional de los intereses del estado en América Latina. Reflexiones en torno al territorio, los derechos humanos y los intereses económicos. Temas de Derecho Internacional Público n.º 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

¹³ *Ibidem*

Ahora bien, el Estado colombiano desde hace varias décadas ha venido internacionalizando progresivamente su agenda política, económica y comercial, y en general, ha adquirido una serie de compromisos que se enmarcan en obligaciones internacionales vinculantes para la República de Colombia, en tanto sujeto de derecho internacional, lo que ha significado una merma de sus capacidades soberanas y también del ejercicio de prerrogativas de la administración.

Dichos compromisos, cabe destacar, han sido adquiridos por nuestro Estado de manera libre y negociada, bajo la idea de la aplicación del principio constitucional de la conveniencia nacional, lo que a primera vista hace suponer que todas las obligaciones internacionales que acepta Colombia, son en pro de sus intereses nacionales¹⁴.

Sumado a lo anterior, en 2019 Colombia los montos de las demandas contra el Estado en tribunales de arbitraje internacional se aproximaron a la suma de 400 billones de pesos¹⁵, impactando también de manera directa o indirecta las intenciones del Estado para la estructuración de nuevas y mejores normas destinadas a la protección de intereses de naturaleza pública, puesto que se limita tanto el espectro de tipo regulatorio, como las posibilidades de modificación de políticas públicas, planes, programas, compras y contratos destinados a la protección de intereses estatales.

En este sentido, debido a causas muy variables, durante los últimos años ha crecido una preocupación nacional constante, por el surgimiento presente o futuro de controversias internacionales en diferentes foros, tales como la Corte Internacional de Justicia, el órgano de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y distintos escenarios de arbitraje como el Centro Internacional de Arreglo

¹⁴ Artículo 150 numeral 16 de la Constitución Política de Colombia.

¹⁵ **REVISTA DINERO.** Los millonarios litigios contra el Estado. (En línea). Disponible en: <https://www.dinero.com/empresas/articulo/litigios-en-colombia/276329>

de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), arbitraje ad-hoc, entre otros.

Lo anterior debido a que en el normal desarrollo y ejecución de los compromisos adquiridos y la posterior ejecución de contratos, se han presentado inconvenientes de diferente orden, que han llevado al Estado colombiano a situaciones de incumplimiento de las obligaciones internacionales que le son exigibles, como consecuencia de la aprobación de los tratados internacionales por parte del Congreso de la República (ley aprobatoria de tratado internacional), la validación constitucional resultante del control realizado por la Corte Constitucional y la ratificación posterior por parte del ejecutivo, constituyendo sin lugar a dudas una decisión de Estado¹⁶.

Ahora bien, los mencionados incumplimientos a los que hacemos referencia, tienen como razón principal, la prevalencia que en Colombia, las autoridades nacionales, han dado a la interpretación del ordenamiento jurídico nacional, en perjuicio del derecho internacional aplicable, o en otras palabras, como se ha mencionado anteriormente, el realizar interpretaciones unilaterales del derecho, expidiendo decisiones judiciales o actos administrativos que no tienen en cuenta las normas internacionales llamadas a ser aplicadas a cada caso en concreto, causando así la generación de hechos ilícitos internacionales¹⁷.

Dicha situación de incertidumbre derivada de los litigios judiciales y arbitrales que asume y asumirá el Estado colombiano, ha generado varios interrogantes, en la medida en que la experiencia demuestra que, han sido pocos los logros capitalizados en la defensa internacional de nuestro país, lo que permite cuestionar la coherencia y el correcto agenciamiento de los intereses de la República de Colombia¹⁸. Podría afirmarse entonces que, problemáticas que van

¹⁶ **ROBAYO GALVIS, Wilfredo.** *El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano*, en: "¿El Estado constitucional en jaque? Tomo II: El Estado constitucional y el derecho internacional". Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 145-163.

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ **ROBAYO GALVIS, Wilfredo.** La defensa internacional de los intereses del estado en América Latina. Reflexiones en torno al territorio, los derechos humanos y los intereses económicos. *Op. Cit.*

desde la negociación y asunción de compromisos internacionales, abarcando la adecuada y suficiente gestión del estado colombiano para la prevención de hechos ilícitos internacionales junto con, la no muy correcta armonización de regulación local e internacional y la ausencia de una apropiada estrategia de defensa en los escenarios de solución pacífica de controversias internacionales, son los principales problemas que aquejan a nuestro país en la actualidad¹⁹.

Por lo anterior, es urgente y necesario analizar los efectos que tienen los acuerdos internacionales de protección a las inversiones, sobre la capacidad nacional de regulación estatal, específicamente sobre los actos administrativos expedidos en la ejecución y vigencia de contratos o como consecuencia de aquellos.

En ese orden de ideas, es importante comenzar por visibilizar el camino para reducir precisamente los riesgos generadores de hechos ilícitos internacionales, estos últimos, causados por las deficiencias mencionadas en líneas anteriores, específicamente a la hora de realizar interpretaciones sobre la aplicación de dichos tratados a nivel contractual, que más adelante se ven reflejados en actos administrativos o pronunciamientos de la administración, que terminan contrariando normas de tipo supranacional.

A su vez, es trascendental que tanto los acuerdos de protección como los contratos cuyas inversiones puedan afectar intereses estatales, establezcan principios y mecanismos de balance, indicaciones de interpretación bajo principios especiales o reservas, determinándose la preferencia del derecho aplicable o sus excepciones. Todo lo anterior, bajo la pretensión de que los pactos de voluntades sean suscritos de forma responsable y consciente, tanto por los estados como por las empresas, y que en los mismos acuerdos se determinen cláusulas razonables, que deriven en contratos que puedan ser cumplidos con una reducción específica de riesgos, lo que incluye a su vez, la estructuración de legislaciones nacionales

¹⁹ *Ibidem.*

adecuadas y seguras, así como la generación de conciencia dentro de los gobiernos a la hora de enfrentar los compromisos estatales²⁰.

Adicional a todo lo anterior, y ya desde una perspectiva económica, debe decirse que la alta presencia de empresas transnacionales dentro de la región, y específicamente en el país, no implica que los beneficios sean siempre los esperados, pues lo que puede observarse en el caso colombiano, es que no se están evaluando los posibles resultados del impacto fiscal en tribunales de arbitraje de inversión, por el afán y la premura de traer inversión extranjera al país, ello, en el marco de una estrategia nacional de desarrollo económico, y una falta de política exterior clara, en donde las políticas públicas de ciertos sectores deberían evolucionar teniendo en cuenta las coyunturas de la globalización, puesto que hoy no solo debe buscarse el aumento de la inversión extranjera, sino la calidad respecto de la misma, en áreas estratégicas y puntuales, y para hacerlo, se deben definir las prioridades de tipo nacional en materia económica, ambiental y social²¹.

En América Latina, desde finales de los años noventa y comienzos de los dos mil, las demandas internacionales contra los estados por parte de inversionistas extranjeros empezaron a presentarse, sobre todo, por la adopción de algunas medidas administrativas por parte de los países demandados, dentro de las cuales

²⁰ Sobre este punto en particular, es importante tener en cuenta que la justicia arbitral internacional en materia de inversiones, cuenta con un catálogo creciente de decisiones en diferentes materias que ha permitido desarrollar una surte de doctrina sobre los aspectos más relevantes de dicha rama del derecho, mostrando grandes falencias de coherencia y armonía. Es así, como frente a un mismo punto pueden existir laudos contradictorios, situación que se puede agravar si se tiene en cuenta que los órganos de solución de controversias internacionales se auto referencian de manera permanente, razón por la cual, hoy en día es posible considerar la existencia de estándares, que permitirían vislumbrar a un Estado, cual es el verdadero contenido de los compromisos internacionales que adquiere de manera abstracta en los tratados. Para mayor información ver: **SOMMER, Christian G.** "La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos, en: " ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional [En línea], 6 (2013), pp. 95-130. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acidi/article/viewFile/2963/2402>

²¹ **SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique.** El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino., (En línea), Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3684/3866> , Fecha de consulta: febrero de 2019. Adicionalmente siendo necesario que las Agencias o entidades Estatales dedicadas a la inversión extranjera desempeñen tareas puntuales de identificación y escogimiento selectivo de empresas relevantes para el desarrollo económico de sectores prioritarios analizando y evaluando los impactos de su entrada, y solo de ser conveniente facilitar la misma.

sobresalen las controversias contra Argentina (49 entre 1997 y 2010) por temas asociados a privatizaciones y con las medidas adoptadas para conjurar la crisis económica. De acuerdo con información de Marcela Anzola, consultora en áreas de inversión extranjera²², en el registro oficial de UNCTAD, las principales causas que sustentan las demandas se materializan en la violación a los derechos de los inversionistas que se ven afectados por, principalmente, medidas administrativas, las cuales se pueden juntar en seis categorías, a saber:

1. **Medidas que impiden o afectan la ejecución del proyecto**, resultantes sobre todo de las regulaciones ambientales, de permisos para el desarrollo de una actividad u otras regulaciones por parte del Estado²³;
2. **Requisitos adicionales que quitan viabilidad económica al proyecto**, que se convierten en una limitación o una nueva obligación a cargo del inversionista²⁴;
3. **Medidas fiscales y monetarias** adoptadas en ejercicio del poder de intervención económica y que de algún modo afectan la inversión.²⁵
4. **Interferencia con los derechos contractuales** o sea cambios unilaterales en contratos de carácter público.²⁶

²² **ANZOLA GIL, Marcela.** El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: El caso de la inversión extranjera. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 166-169.

²³ Ver los siguientes casos: Wena Hotels Ltd. v. Egypt, ICSID Caso No. ARB/98/4; Genin v. Estonia, ICSID Caso No. ARB/99/2; Tecmed v. México, ICSID Caso No. ARB(AF)/00/2) Metalclad v. México, ICSID Caso No. ARB(AF)/97/1; MTD v. Chile, ICSID Caso No. ARB/01/7; Lemire v. Ukraine, ICSID Caso No. ARB(AF)/98/1; Thunderbird v. Mexico, UNCITRAL; Myers v. Canada, UNCITRAL; Methanex v. United States UNCITRAL; Chemtura v. Canada, UNCITRAL.

²⁴ Ver los siguientes casos: Pope & Talbot Inc. v. Canadá, UNCITRAL; ADF Group Inc. v. United States, ICSID Caso No. ARB (AF)/00/1; Glamis Gold, Ltd. v. United States, UNCITRAL; Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic, SCC Caso No. 088/2004); Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL.

²⁵ Ver los siguientes casos: Biwater v. Tanzania, ICSID Caso No. ARB/05/22; Occidental v. Ecuador, LCIA Caso No. UN3467; Continental Casualty v Argentina, ICSID Caso No. ARB/03/9; Metalpar v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/03/5, CMS v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/01/8; Enron v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/01/3; Sempra Energy v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/02/16; LG&E v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/02/1.

²⁶ Ver los siguientes casos: Rumeli Telekom v. Kazakhstan, ICSID Caso No. ARB/05/16; Helnan v. Egypt, ICSID Caso No. ARB/05/19; M.C.I. Power v. Ecuador, ICSID Caso No. ARB/03/6; Siemens v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/02/8; Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Caso No. ARB/05/8; Azinian v. México, ICSID Caso No. ARB (AF)/97/2; Bayindir v. Pakistan, ICSID Caso No. ARB/03/29 EDF v. Rumania, ICSID Caso No. ARB/05/13; Mondev v. United States, ICSID Caso No. ARB (AF)/99/2; Duke Energy v. Ecuador, ICSID Caso No.

5. **Interferencia en los derechos de propiedad**, como evidentemente ocurre con los diferentes tipos de expropiaciones.²⁷
6. **Extralimitación de poderes y denegación de justicia**. Actuaciones de las autoridades (policiales, administrativas o judiciales) no justificadas, arbitrarias y, que causan daño al inversionista.²⁸

En ese orden ideas, es evidente que empieza a notarse que los compromisos internacionales en materia de inversión, pueden encontrar diferentes obstáculos en el desarrollo y cumplimiento de las funciones típicas del Estado que provienen de la soberanía misma, y en especial, las que se materializan en temas de poder regulatorio estatal. Así pues, la controversia objeto de este análisis, cae dentro de las circunstancias típicas que están llevando a los estados a ser demandados ante los Tribunales Internacionales de Arbitraje de Inversión, generando, por supuesto, grandes preocupaciones en los estados, pues no solamente ven menoscabada su soberanía, sino que se impactan profundamente los erarios públicos.

El pleito entre Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. Vs. República de Colombia surgió hace un par de años, específicamente después de que la compañía y el Gobierno Nacional no llegaran a un acuerdo negociado sobre la sanción impuesta por la Contraloría General de la República en el proceso fiscal emitido por el ente de control contra Prodeco, filial de Glencore en nuestro país.

Durante este proceso, la Contraloría evidenció cambios que consideró injustificados al contrato de exploración y explotación minera carbonífera número 044 de 1989, específicamente en la fórmula para calcular las regalías y

ARB/04/19; Waste Management v. Mexico, ICSID Caso No. ARB (AF)/00/3. Azurix v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/01/12; Vivendi v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/97/3.

²⁷ Ver los siguientes casos: Biwater v. Tanzania, ICSID Caso No. ARB/05/22; Middle East Cement v. Egypt, ICSID Caso No. ARB/99/6; Eureka B.V. v. Republic of Poland, ad hoc arbitration.

²⁸ Ver los siguientes casos: Desert Line Projects v. Yemen, ICSID Caso No. ARB/05/17; Biwater v. Tanzania, ICSID Caso No. ARB/05/22; Vivendi v. Argentina, ICSID Caso No. ARB/97/3; Loewen v. United States, ICSID Caso No. ARB (AF)/98/3; Azinian v. Mexico, ICSID Caso No. ARB (AF)/97/2.

contraprestaciones económicas a cargo de la empresa de acuerdo con el Otrosí N°8. Este reajuste habría causado, según lo establecido por el ente de control, un detrimento patrimonial al Estado, ya que durante el año 2010 disminuyeron los recursos que Colombia venía recibiendo por la explotación de la mina de carbón “Calenturitas”, en el Departamento del Cesar.

La suscripción del *otrosí* antes mencionado, se dio entre Ingeominas y la empresa minera en Colombia, con el fin de ajustar el valor de las regalías y facilitar el aumento en las inversiones que superarían los US\$1.000 millones. No obstante, dicha situación no fue avalada por el ente de control fiscal, razón por la cual, dio inicio al proceso de responsabilidad fiscal, con el que se terminaría sancionando a la filial minera y como consecuencia, obligó a la renegociación del contrato entre las partes.

Actuando como segunda instancia, el Contralor General de la República, mediante auto de 21 de agosto de 2015, confirmó tanto la existencia de un detrimento patrimonial por la suma de \$60.023 millones de pesos, como la declaratoria de responsabilidad fiscal, en forma solidaria, contra el exministro de Minas y Energía, Hernán Martínez Torres, el exdirector de Instituto Colombiano de Geología y Minería (Ingeominas), Mario Ballesteros Mejía, el director técnico de dicha entidad, José Fernando Ceballos Arroyave, el contratista C.I. Prodeco S.A. y la compañía La Previsora S.A. (en calidad de tercero civilmente responsable).

Según lo establecido por el ente de Control Fiscal, como consecuencia de ese otrosí, el Estado dejó de recibir regalías y contraprestaciones económicas en una cifra equivalente a la de la condena –unos \$60.000 millones de pesos-, por la explotación de la mina de carbón “Calenturitas”, en el Departamento del Cesar.

Por su parte, la compañía considera que el fallo modificó las reglas del juego pactadas inicialmente porque, según la legislación colombiana, específicamente el artículo 61 de la Ley 610 de 2000 establece que el hecho de no pagar una multa

establecida en un proceso de responsabilidad fiscal constituye una causal de caducidad, o sea que el contrato debía darse por terminado²⁹. No obstante lo anterior, para la empresa Glencore el principal impacto se dio por no lograr desarrollar sus inversiones ni aumentar la producción de carbón.

Ahora bien, debe decirse que esta no es la única demanda de Glencore contra Colombia, puesto que a finales de 2018, la empresa presentó una nueva carta de intención de arbitraje dando inicio a un nuevo litigio relacionado con el canal de acceso al puerto de Santa Marta que hasta ahora está comenzando su discusión.

Por su parte, la Contraloría General de la República emitió el 1 de abril de 2019 el comunicado de prensa N° 40, en el que advierte la inminencia del fallo en el caso de Glencore y señala que:

*“La institucionalidad del control fiscal se ha visto afectada por nuevos riesgos frente a su ejercicio constitucional y legal y uno de ellos es consecuencia del mal uso de instrumentos de protección a la inversión extranjera, como los tratados internacionales de libre comercio”.*³⁰

“(…) La Contraloría General de la República considera el tema de la mayor importancia, por las implicaciones no sólo económicas, jurídicas y de soberanía del Estado colombiano, y de sus instituciones que no pueden ver soslayadas sus

²⁹ El artículo 61 de la Ley 610 de 2000, establece que: *“En el evento en que en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.”*

³⁰ **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.** Declaración de la Contraloría General de la República sobre demandas internacionales que desconocen el ordenamiento jurídico Colombiano. Comunicado de prensa N° 040 (En línea) Disponible en: https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/certificado-de-antecedentes-fiscales/persona-natural?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fas_set_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=1434951&_101_type=content&_101_urlTitle=declaracion-de-la-contraloria-general-de-la-republica-sobre-demandas-internacionales-que-desconocen-el-ordenamiento-juridico-colombiano&inheritRedirect=false, Fecha de consulta 10 de junio de 2019.

facultades constitucionales y legales a propósito de posibles demandas internacionales.”³¹

Este caso resulta, precisamente, relevante para nuestro análisis, porque corresponde a la situación más común en las reclamaciones recientes ante el CIADI, es decir, se trata de aquellas actuaciones de autoridades administrativas de un país que contravienen precisamente lo acordado contractualmente entre inversionistas y el Estado, generando así lo que se ha denominado como hechos ilícitos internacionales al violar las normas que protegen al inversionista extranjero.³²

Así entonces hasta el 27 de abril de 2016, después de conocerse la radicación de la demanda presentada por Prodeco/Glencore ante el CIADI, el gobierno colombiano expidió la Directiva Presidencial N°2 de 2016.

Esta última, contiene las instrucciones a los funcionarios *“frente al manejo de información y comunicaciones en el evento de una controversia internacional de inversión existente o eventual”*. Adicionalmente, se prevé un programa de capacitación para funcionarios involucrados en el manejo de asuntos relacionados con inversionistas extranjeros. Cabe decir sobre este particular que, dichas medidas han debido tomarse cuando se suscribieron los primeros acuerdos y surgieron las primeras demandas, más aún cuando Colombia (como lo reconoce

³¹ ***Ibidem.*** https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/certificado-de-antecedentes-fiscales/persona-natural?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=1434951&_101_type=content&_101_urlTitle=declaracion-de-la-contraloria-general-de-la-republica-sobre-demandas-internacionales-que-desconocen-el-ordenamiento-juridico-colombiano&inheritRedirect=false Fecha de consulta 10 de junio de 2019

³² *Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.*

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

ONU. ASAMBLEA GENERAL. A/RES/56/83 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. (En línea). Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr_int_services.GenericView?p_docname=22634788.PDF&p_type=DOC&p_viewservice=VAHWSTH&p_searchstring=

la propia Directiva Presidencial) inició una robusta campaña para la promoción de la inversión extranjera.³³

Ahora bien, de manera general se puede afirmar que, frente a los diferentes litigios que cursan o se han anunciado contra Colombia, solo cabe hacer una gestión adecuada de los posibles riesgos, en la que, primero se identifiquen los mismos y; segundo, se asignen y monitoreen a nivel estatal, con el fin de poder articular la estructuración, el diseño y la adopción de una estrategia clara, para manejar la avalancha de demandas que vendrán como consecuencia de las restricciones a las licencias de exploración y explotación minera, sumado a la obligatoria racionalización que debe darse de los gastos de defensa del Estado y la respectiva apropiación para el pago de las posibles compensaciones en caso de que el país sea condenado.

En consideración a lo anterior, es menester revisar los antecedentes puntuales de la controversia para entender y comprender los aspectos fundamentales de la situación que se consolidó en el primer laudo arbitral de inversión contra el Estado colombiano.

1.1 Antecedentes del contrato N° 044 de 1989 celebrado entre CI PRODECO, PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. y el Instituto Colombiano de Geología y Minería – INGEOMINAS y proceso ordinario de responsabilidad fiscal N° CD 000244 adelantado por la Contraloría General de la República - Análisis de los actos administrativos expedidos.

Contrato N° 044 de 1989

Titular: CI PRODECO, PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. (Hoy Glencore Inc.)

³³ **ANZOLA, Marcela.** Colombia Vs. Glencore: empiezan las demandas mineras, (En línea) Disponible en: <https://razonpublica.com/index.php/9431-colombia-vs-glencore-empiezan-las-demandas-mineras.html> fecha de consulta 12 de junio de 2019.

Fecha de suscripción: Julio 12 de 1989 (Escritura 319 de 21 de febrero de 1989
Notaria 26

Inscripción en registro nacional: 3 de julio de 1990.

Antecedentes contractuales:³⁴

La sociedad Carbones de Colombia S.A. (Empresa Industrial y Comercial hoy liquidada) y C.I. Prodeco S.A. celebraron contrato N° 044 de 1989, suscrito el 21 de febrero de 1989, el cual fue clasificado como de gran minería.

Conforme a lo estipulado en la cláusula primera del Otrosí N° 3 el objeto contractual es el siguiente:

“Realización por parte del contratista del proyecto carbonífero de gran minería, con destino primordial a los mercados de exportación, en sus etapas de: a) Exploración hasta Factibilidad, b) Explotación en el área contratada e inscrita en el Registro Minero Nacional, denominada Calenturitas, descrita en el numeral 1.3”

Conforme a lo establecido en el Decreto 1679 de 1997, los bienes, derechos y obligaciones en cabeza de Ecocarbón fueron transferidos a Minercol – LTDA; quedando esta última como contratante del contrato 044 de 1989. No obstante lo anterior, para el 28 de enero de 2004 se expidió decreto N° 254 en el que se ordenó la supresión, disolución y liquidación de la Empresa Nacional Minera Ltda. MINERCOL, subrogándose los contratos en las entidades que determinara el Ministerio de Minas y Energía.

En consecuencia y con base en el citado Decreto y en lo establecido en la Ley 685 de 2001, el Ministerio de Minas y Energía expidió la resolución N° 180074 de

³⁴ La información aquí señalada, corresponde a los expedientes procesales consultados, los cuales hacen parte del proceso de responsabilidad fiscal de la referencia.

2004, delegando en Ingeominas las funciones de autoridad minera concedente del contrato N° 044 de 1989 en los siguientes términos:

“Delegar en el Instituto de Investigaciones e Información Geocientífica Minero Ambiental y Nuclear – Ingeominas, las funciones que le competen al Ministerio de Minas y Energía como autoridad minera y concedente en los términos de la Ley 685 de 2001.”

De modo que Ingeominas fue subrogada como contratante, convirtiéndose el Ministerio de Minas y Energía en la autoridad minera delegante e Ingeominas la delegataria.

Así las cosas y frente al caso objeto de estudio, con fundamento en el contrato N° 044 de 1989, ubicado en la jurisdicción de los municipios de Becerril (Cesar), de la Jagua de Ibirico (Cesar) y de El Paso (Cesar), a cambio de la exploración, explotación y operación del yacimiento carbonífero, C.I. Prodeco S.A. adquirió la obligación de retribuir económicamente al Estado mediante regalías y otras contraprestaciones económicas.

Modificaciones Contractuales:

Otrosí N° 1: Escritura 1495 de 6 de julio de 1995, modificatoria de la cláusula 29.3 se acuerda la posibilidad y condiciones para realizar la subcontratación de actividades y equipos de minería.

Otrosí N° 2: Documento Ecocarbón, del 6 de diciembre de 1995, Modifica la cláusula 36.4, y establece un plazo máximo de 7 años para subcontratar las actividades y equipos de minería.

Otrosí N° 3: Documento Minercol, 6 de marzo de 2001, por el cual se modifican las cláusulas del contrato para la ampliación de la producción y conversión del

proyecto en uno catalogado como de gran minería (producción entre 5 y 6 millones de toneladas/ año), con un nuevo plan minero y el aumento de las reservas explotables en aproximadamente 30 millones de toneladas.

Otrosí N°4: Documento Minercol, 15 de agosto de 2001, Modificatorio del otrosí n°3 referente a la cláusula 4, de duración y etapas, se aclara la duración hasta el 3 de julio de 2020, es decir 30 años desde la inscripción del registro minero del contrato original.

Otrosí N°5: Documento Ingeominas, 15 de diciembre de 2004, se aclara tabla de aplicación de regalías de la cláusula 14.1 con o sin plan Vallejo.

Otrosí N°6: Documento Ingeominas de 15 de diciembre de 2005 por medio del cual se modifica el numeral 14.3 de la cláusula décimo cuarta del Otrosí N° 3 sobre el cálculo de las regalías que deben ser pagadas por el contratista bajo el numera 14.1 de la cláusula decima cuarta, deberá hacerse de acuerdo con el procedimiento establecido en el anexo A9.

Otrosí N°7: Documento Ingeominas de 15 de febrero de 2007. 1. Modifica el numeral 4.2 de la cláusula cuarta, modificada por la cláusula primera del Otro si N° 4 al contrato N° 044 de 1989, el cual quedará de la siguiente manera: “4.2 Plazo para la explotación: El término para la explotación se prorroga por medio del presente otrosí, de acuerdo al procedimiento establecido dentro de la cláusula cuarta, numeral 4.3.2. del contrato original, por un término de 15 años, con lo cual el plazo para la explotación estará vigente hasta el 3 de julio del año 2035.”

En virtud de la prórroga concedida se prolongan automáticamente todas las obligaciones jurídicas, técnicas y económicas a cargo del contratista. En consecuencia, la obligación consignada en el numeral 15.3 de la cláusula decima quinta se prórroga hasta el año 2035.

Otrosí N°8: Documento Ingeominas, 22 de enero de 2010. En el cual se modifican las principales contraprestaciones del contrato estableciendo la siguiente forma: Regalías en el 5 y el 7.6% del precio FOB, más una compensación por ingresos brutos variables dependiendo del precio internacional del carbón cuando este haya superado la barrera de los US\$40 y para Desarrollo Regional U\$3.000.100 durante la vida del proyecto.

Identificación del Proceso:

Tipo de Proceso: Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal

Entidades Afectadas:

- Departamento del Cesar
- Municipio de Becerril (Cesar)
- Municipio de la Jagua de Ibirico (Cesar)
- Municipio el paso (Cesar)
- Fondo Nacional de Regalías

Presuntos Responsables Fiscales:

- Ministro de Minas y Energía para la época de los hechos.
- Director General de la entidad Descentralizada, Instituto Colombiano de Geología y Minería – Ingeominas. para la época de los hechos.
- Coordinadora del Grupo de Trabajo de Recaudo y Distribución de Regalías, para la época de los hechos.
- CI. PRODECO – PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. identificada con el NIT: 860041312-9 en calidad de contratista del contrato 044 de 1989.

Garantes:

- La Previsora Seguros S.A.
- QBE Seguros S.A. identificada con el Nit:

Cuantía Indexada:

SESENTA MIL VEINTITRES MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS. (\$60.023.730.368,33)

Providencia Consultada y Objeto de Apelación:

Auto 00482 de 30 de abril de 2015, por el cual se profiere fallo dentro del proceso de responsabilidad fiscal, decisión que se repuso parcialmente mediante auto 00908 de 15 de julio de 2015.

Hechos:

1. El 19 de octubre de 2010, mediante auto N° 00720, la Contraloría Delegada de investigaciones y juicios fiscales y jurisdicción coactiva, ordenó la apertura de indagación preliminar N°000244 con el fin de identificar la entidad afectada, los presuntos responsables y la cuantía del presunto daño patrimonial evidenciado en el desarrollo del Plan Especial de Reacción Inmediata, relacionada con posibles irregularidades en el manejo contractual al interior de INGEOMINAS frente a los contratos celebrados con Cerro Matoso S.A.; sociedad Drummond y C.I. PRODECO S.A.
2. Mediante auto N° 000468 de 10 de mayo de 2011, la Contraloría Delegada de Investigaciones y Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva abrió proceso de responsabilidad, con el objeto de investigar irregularidades de tipo contractual, dentro de las cuales se encontraban aspectos relacionados al Otrosí N° 8 del contrato N° 044 de 1989, estimándose una cuantía de \$51.359.629.267.07 y vinculándose a los presuntos responsables arriba identificados.
3. En auto N° 00038 de 27 de febrero de 2013 los hechos comprendidos dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal n° 000244 fueron declarados

como de impacto nacional, razón por la cual se ordenó su reasignación a la Unidad de Investigación Especial contra la Corrupción.

4. Mediante auto N°00482 de 30 de abril de 2015, la Contraloría Intersectorial de la Unidad de Investigaciones Especiales contra la corrupción dictó fallo de responsabilidad fiscal por cuantía de SESENTA MIL VENTITRES MILLONES SETECIENTOS TREINTA MIL TRECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS CON TREINTA Y TRES CENTAVOS. (\$60.023.730.368,33) contra algunos de los vinculados y absolvió responsabilidad de otros mediante reposición parcial resuelta en auto N° 908 de 15 de julio de 2015.
5. Contra el auto N° °00482 de 30 de abril de 2015, fue interpuesto recurso de reposición y solicitado en subsidio el de apelación.
6. En auto de respuesta al recurso de reposición, se resolvió no reponer fallo N° 0482 de 2015 y, conceder el recurso de apelación interpuesto contra la providencia ordenándose remitir el expediente contentivo del proceso de responsabilidad al Despacho del Contralor General de la República, para el surtimiento de los recursos de apelación y grado de consulta pertinentes³⁵

³⁶

El daño que se investiga en el proceso de responsabilidad, según lo establecido por el organismo de control, tiene que ver específicamente con los efectos causados con la modificación N° 8 efectuada al contrato N° 044 de 1989, donde según lo determinado por la CGR, no se garantizaron los intereses del Estado.

³⁵ El Artículo 18 de la Ley 610 de 2000 establece: “Grado de consulta. Se establece el grado de consulta en defensa del interés público, del ordenamiento jurídico y de los derechos y garantías fundamentales. Procederá la consulta cuando se dicte auto de archivo, cuando el fallo sea sin responsabilidad fiscal o cuando el fallo sea con responsabilidad fiscal y el responsabilizado hubiere estado representado por un apoderado de oficio.

Para efectos de la consulta, el funcionario que haya proferido la decisión, deberá enviar el expediente dentro de los tres (3) días siguientes a su superior funcional o jerárquico, según la estructura y manual de funciones de cada órgano fiscalizador.

Si transcurrido un mes de recibido el expediente por el superior no se hubiere proferido la respectiva providencia, quedará en firme el fallo o auto materia de la consulta, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario moroso.”

³⁶ Para más información revisar Sentencias Corte Constitucional T-005 de 2013, C-968 de 2003, C-670 de 2004, C-055 de 1993 y C-583 de 1997

Es importante tener en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el Contrato N° 044 de 1989, las partes convinieron tres (3) tipos de compensaciones en favor de la Nación:

1. Regalía básica
2. Regalía adicional
3. “Otras compensaciones”

Con el Otrosí N° 8 de 22 de enero de 2010, las partes mediante acuerdo, modificaron las regalías y contraprestaciones económicas inicialmente pactadas en el contrato principal y se acordó un periodo de transición, el cual, según la CGR, constituyó la causa de la respectiva responsabilidad fiscal.

Adicionalmente, con dicha modificación fue reformada la oportunidad de pago de las regalías, junto con el procedimiento para su cálculo, determinándose un periodo de transición y señalándose una nueva fórmula para calcular la compensación por ingresos. Lo anterior suponía entonces, un cambio de la estructura de regalías y contraprestaciones económicas que afectaban el tonelaje que se había acordado extraer en el contrato inicial.³⁷

Así las cosas, la firma del otrosí en mención, según lo establecido en el proceso de responsabilidad fiscal sustanciado por la CGR, supuso cambios de dos (2) tipos:

1. Modificaciones en la definición del precio de la referencia: previo a la modificación del contrato, el precio aplicaba a Spot calculado como el mayor valor entre un precio de referencia mensual y el precio de venta de embarque. La modificación redefinió el cálculo de precios con rezagos,

³⁷ El Organismo de Control determinó: Ausencia de estudios preliminares a la suscripción del Otrosí y la inexistencia de viabilidad técnica y legal, pues no fue remitido a la subdirección de contratación y titulación minera, los documentos previos a la suscripción del Otrosí N° 8, cuando la normativa interna así lo dispone de acuerdo a lo establecido en resolución interna de Ingeominas N° 636 de 13 de julio de 2004.

ponderando los precios históricos de periodos hasta 18 meses previos. Teniendo en cuenta que antes a la modificación del Otrosí N° 8, los precios tenían una tendencia creciente, el cambio a un precio con rezagos ha determinado una importante disminución en los valores a pagar por regalías y por compensaciones. El cambio en el precio de la referencia explica la totalidad de la diferencia en dos de los conceptos: regalía básica y regalía adicional, así como el impacto en la compensación de ingresos brutos, representando alrededor de un 45% de la diferencia total y un menor pago por contraprestaciones por el valor de USD 40,2 millones de dólares.

2. Actualización de los límites de rangos de precio para el pago de compensación por ingresos brutos: El precio mínimo para incurrir en el pago por ingresos brutos a partir de la firma del Otrosí N° 8 se incrementó en un 55.58%, al pasar de USD 40 a USD 62,23 millones de dólares. Consecutivamente este cambio tuvo efectos importantes en la liquidación de la compensación por ingresos brutos y determinó un pago de regalías menor por valor de USD 48.5 millones de dólares³⁸.

Ahora bien, en relación con la estimación del daño antijurídico, el organismo de control estableció que dentro de la cuantificación realizada se estimó el detrimento patrimonial como resultado de la modificación en el cálculo de las regalías y las

³⁸ Según lo establecido en el expediente del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República, el Departamento Nacional de Planeación también puso de presente los efectos adversos del mencionado otrosí y su periodo de transición, expresando dichas consideraciones mediante comunicación N° 2010-261-030111-2 suscrita por la Directora de Regalías del Departamento Nacional de Planeación, dirigida al Director de Ingeominas, dicha comunicación reporta los efectos del Otrosí a las regalías y contraprestaciones económicas que se venían percibiendo, después de revisar la liquidación de la regalía básica y la compensación por ingresos brutos en el primer semestre de 2010. Dicha comunicación establece: “1. Durante el primer semestre de 2010, no se causó compensación por ingresos brutos debido a la aplicación de la nueva metodología establecida en el otrosí N° 8. 2. Las nuevas condiciones económicas del contrato van a reducir o a eliminar en algunos trimestres, el valor a pagar por parte de C.I. Prodeco por concepto de compensación por ingresos brutos. 3. Esta Dirección elaboró una liquidación comparativa de las nuevas condiciones del contrato establecidas en el Otrosí N° 8 de 22 de enero de 2010 y las que se encontraban establecidas con anterioridad a la renegociación, donde se calculó una diferencia de 1.966.108 dólares para el primer semestre del presente año, valor que dejaban de percibir los beneficiarios de las compensaciones.”

contraprestaciones económicas producto de la suscripción del Otrosí N° 8 del contrato N° 044 de 1989.

Así pues, lo anterior se puede explicar a partir de los informes técnicos del ente de control, lo cual se encuentra de manera clara y concisa en el cuadro que a continuación se anexa. Allí se representan las diferencias encontradas en la cuantificación de los ítems de regalía básica, regalía adicional y compensación por ingresos brutos para el año 2010, considerando el antes y el después de la implementación de los cambios consagrados mediante la modificación del contrato.

Regalías y Compensaciones	Antes del Otrosí N° 8	Con Otrosí N° 8	Diferencia
Regalía Básica	\$ 66.998.703.286,21	\$53.710.098.396, 69	\$ 13.288.604.889,53
Regalía Adicional	\$ 28.144.638.205,52	\$ 23.434.944.406.0 0	\$4.709.694.799,52
Compensación Ingresos	\$34.369.147.636,7 2	\$153.053.343,60	\$34.216.094.293,1 2
Total	\$129.612.490.128, 46	\$77.298.096.146, 28	\$52.214.393.982,1 7

Fuente: Auto Despacho del Contralor General N° Ord 80412-8142-2015 de 21 de agosto de 2015. pág. 36.

El informe técnico de la CGR que acompañó estos análisis, evidencia un resultado final que, desde el punto de vista económico, permite establecer que el Estado dejó de recibir por regalías y contraprestaciones económicas la suma de \$52.214.393.982,17, CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS CATORCE MILLONES TRECIENTOS NOVENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y

DOS PESOS CON DIECISIETE CENTAVOS, en el periodo denominado de transición (2010).

Bajo el análisis de la información anterior, la CGR considera que valoradas las pruebas que confluyen en el proceso, se puede demostrar la responsabilidad fiscal en la que incurrieron por acción y omisión algunos de los vinculados al presente proceso. En consecuencia, la citada modificación y la estipulación dentro de la misma de un periodo de transición, vulneró según el ente de control, el interés general, los principios de la función administrativa y por consiguiente los intereses patrimoniales del Estado.

En razón de lo anterior, Prodeco – PRODUCTOS DE COLOMBIA S.A. presentó recurso de apelación identificado dentro del proceso con radicado N° 2015ER0049400 de 11 de mayo de 2015, fundamentado en seis grandes puntos que se pueden resumir brevemente en los siguiente:

1. No existe daño porque el periodo de transición tiene una lógica económica inserta en el contrato. El periodo de transición y el periodo subsiguiente no son cada uno considerado un “contrato” diferente al otro. El negocio y el contrato deben verse como un todo. No es posible comparar una prestación (sin ni siquiera examinar su contraprestación contractual directa), sin contextualizarla en el peso y contrapeso de todas las prestaciones contractuales. No porque el periodo de transición tenga una delimitación temporal, es un ente económico autónomo. Lo anterior, no es posible, pues, es solo examinando todas las cláusulas contractuales, toda la lógica financiera del negocio, que es posible entender cada una de las cargas que tienen las partes³⁹.

³⁹ (...) Primero no existe daño porque el periodo de transición tiene una lógica económica incierta en el contrato. El periodo de transición y el periodo subsiguiente, no son cada uno considerado un “contrato” diferente al otro. Es que si esta fórmula económica estuviera planteada, el Otrosí, no tendría la estructura que tiene sino otra diferente. De hecho, si se borrara de un plumazo ese interregno, habría un desequilibrio económico del contrato en contra de PRODECO.

2. Las regalías disminuyeron con la ejecución del otrosí No. 8 en el periodo de transición y esto lesionó el propósito constitucional fijado para las regalías. Esta norma no se vulneró con el negocio jurídico y financiero celebrado por el Estado con PRODECO, pues en realidad las regalías aumentaron y no corresponde llegar a la conclusión que en cualquier otro contrato donde se paguen menos regalías al Estado, hay un detrimento patrimonial, pues compartiría una disminución en comparación con las pactadas en este contrato⁴⁰.

No existe daño, porque el negocio y el contrato deben verse como un todo. Porque no es posible comparar una prestación (sin ni siquiera examinar su contraprestación contractual directa), sin contextualizarla en el peso de todas las prestaciones contractuales. No porque el periodo de transición tenga una delimitación temporal, es un ente económico autónomo, pues ello sería tanto como decir en un contrato de concesión vial, que el concesionario experimenta un desequilibrio durante la etapa de inversión. Considerar el periodo de transición como una “unidad asilada” del contrato, es igual a considerar el régimen de inversiones que debe hacer PRODECO como un universo en sí mismo, lo que indefectiblemente llevaría a considerar que el contrato estaría desequilibrado en contra de PRODECO. Lo anterior, por supuesto, no es posible, pues es solo examinando todas las cláusulas contractuales, toda la lógica financiera del negocio, que es posible extender cada una de las cargas que tienen las partes.

Segundo: no existe daño, porque siendo un contrato de tracto sucesivo, que no de ejecución instantánea, y siendo un contrato que comprende cláusulas y prestaciones que se interpretan y explican unas a otras, no es jurídico pretender obviar el sentido económico del negocio, y evaluar solo una, o evaluarla en una fracción de tiempo, para concluir sobre un supuesto daño. De esta manera cuando se afirmó por la Contraloría en el auto de apertura (pág. 38) que en los contratos de tracto sucesivo no es dable razonablemente considerar la existencia de un daño en momentos anteriores a su liquidación – concepto al que realmente no se opone ninguno de los invocados en esta oportunidad por el Fallo -, se parte de considerar con acierto, que un contrato es la suma uniforme de prestaciones y contraprestaciones contractuales, y no un agregado inconexo de cargas. Una cosa es que la contraloría cuente con la facultad legal de ejercer control durante todo el contrato, y otra que ese control suponga la posibilidad de “evaluar” una sola previsión contractual, sin ni siquiera contextualizarla, en el sentido económico del contrato, o un periodo limitado de todo el término contractual.

Ha de raparse que al final, la Delegada ni siquiera llega a decir que el Otrosí N° 8 comporta un mal negocio para el Estado, y siendo ello así, es imposible considerar que el mismo signifique un atentado para el patrimonio público (...)

⁴⁰ *De entrada el fallador sostiene que “El propósito constitucional fijado a las regalías hace necesario concluir que cualquier disminución en su monto como ocurrió con la ejecución del Otrosí N° 8 en el periodo de transición, atenta flagrantemente contra dicho mandato, y el interés colectivo que motiva al Sistema General de Regalías” (Página 67) Esa afirmación no tiene validez constitucional alguna. El fallador supone que existe una norma constitucional parecida a la siguiente: “se prohíbe disminuir las regalías”, cuando lo único que establece la Carta es que habrá lugar a pagar “una” regalía. Sin duda, y ello, dentro del poder de configuración del legislador, la regalía no podría ser irrisoria, pero en momento alguno la constitución señala que deba ser de un monto específico, o que establecida, no pudiera legalmente disminuirse en el afán de visibilizar financiera y económicamente un negocio provechoso para los intereses de ambas partes.*

Pero incluso, si se supusiera una norma tal, habría que concluir que esa hipotética norma no se vulneraría con el negocio jurídico y financiero celebrado por el Estado con PRODECO, pues en realidad las regalías

3. El daño se configura por la violación del principio de planeación contractual, que obliga al contratista privado a ser garante de que el estado cumpla. Esta afirmación es equivocada porque le corresponde a INGEOMINAS realizar los estudios previos necesarios y suficientes para la suscripción del otro sí No. 8, que establecían el periodo de transición, no es cierto que PRODECO en su condición de contratista y por ende de colaborador de la administración debía conocer con suficiencia los mismos. Para atribuir el daño como categoría jurídica, este se produce con estudios o sin ellos, es incomprensible que se analice la configuración del daño, sobre la supuesta ausencia de estudios por parte del Estado, y la imputación de esa supuesta ausencia a la responsabilidad de PRODECO⁴¹.

umentaron. Conclusión a la que se llega fácilmente, salvo que decida examinarse un solo día del negocio, o si se quiere un solo mes, un solo año, una sola prestación, o en fin- una sola fracción – temporal o material – del contrato. Con la lógica del fallo, habría que llegar a la conclusión de que en cualquier otro contrato donde se paguen menos regalías al Estado, hay un detrimento patrimonial, pues comportaría una “disminución” en comparación con las pactadas en este contrato.

La tesis así propuesta por el Fallador, llevaría a concluir por ejemplo, que nunca sería posible, que el Estado concediera un beneficio tributario, o se otorgaran ventajas comerciales, que se conciliara, o que se transara, porque según la posición del fallador, el racero del juicio fiscal no podría ser otro que limitarse a comparar lo que el Estado recaudaría, por ejemplo en ausencia del beneficio Tributario, y lo que en efecto recauda una vez otorgado. (...)

⁴¹ Afirma el fallador que: “(...) que si bien es cierto debían haberse realizado por parte de INGEOMINAS los correspondientes estudios previos necesarios y suficientes para la suscripción del Otrosí N°8, que entre otros aspectos dieran cuenta del periodo de transición, no es menos cierto que PRODECO, en su condición de contratista y por ende colaborador de la administración debía conocer con suficiencia los mismos (...) (página 95) con este argumento pretende la delegada sustentar, de una parte, la configuración del daño, y de otra, el juicio de reproche a Prodeco.

Lo primero que debe advertirse sobre el particular, es que en últimas, es que un daño como categoría jurídica, se produce o no, con estudios o sin ellos, o ¿es que acaso podría afirmarse que si hubiera estudios pero se produjera el daño, éste dejaría de serlo? Así pues, el fallo es errático al examinar la existencia o no de estudios en sede de examen del daño, pues se repite, en últimas el daño, bien podría no causarse, por mera casualidad y sería suficiente para descartar el juicio de responsabilidad fiscal. Por ende, es metodológicamente incomprensible porque se abordan en el fallo, al analizar la configuración del daño, consideraciones sobre la supuesta ausencia de estudios por parte del Estado, y la imputación de la supuesta ausencia a la responsabilidad de Prodeco.

Por otra parte es menos comprensible aún el fundamento normativo para que el fallo se permita aseverar que Prodeco estaba en la obligación de constatar que INGEOMINAS contara con estudios, sobre el particular el fallo insiste en múltiples oportunidades señalando que, entre otras cosas que, de manera incomprensible al ocuparse del juzgamiento de PRODECO, que: “Es además de los buenos deseos se desconocen las proyecciones oficiales definitivas con las cuales se aprobó el negocio y con las que se consideró que se compensaba la disminución de recursos en cuanto a regalías y contraprestaciones económicas en la

4. La Contraloría considera que hubo dolo de PRODECO, en la medida que insistió en la modificación del contrato, presentando varios argumentos, disimiles entre sí. Pero que para PRODECO eso no evidencia la intención de causar daño al Estado. La Contraloría cuenta con la facultad legal de ejercer control durante todo el contrato, y obra para que ese control suponga la posibilidad de “evaluar” una sola previsión contractual, sin ni siquiera contextualizarla en el sentido económico del contrato, o un período limitado de todo el término contractual.

De las conductas propias de PRODECO, no es posible extraer un proceder ilegítimo, siendo eso tan cierto, que, para justificar el DOLO, el despacho señala que:

- i) el otrosí fue firmado aun cuando una versión previa había sido devuelta por ser lesiva a los intereses del Estado,
- ii) que no hubo un estudio previo para la firma de la modificación, y
- iii) que las declaraciones de las versiones libre y testimonios señalaron que estaban viciadas por las presiones de la alta dirección de INGEOMINAS y el Ministerio de Minas y Energía.

transición, y como llegó a estas conclusiones, (página 96) Una vez más ¿Por qué dicha consideración puede ser un fundamento valido para juzgar a Prodeco?

Al final lo que la delegada censura es que a su juicio deberían existir unos estudios de INGEOMINAS realizados de una manera en que el fallador hubiera querido, con unas explicaciones que le hubiera gustado ver. Al margen de la insuficiencia de esas consideraciones, para establecer la existencia del daño, es clarísimo, de claridad meridiana, que de ninguna manera o no su existencia puede constituir directa o indirectamente elemento configurador del daño, ni mucho menos, fundamento de reproche a Prodeco.

También lo que censura el fallador son las supuestas manifestaciones de Prodeco, según las cuales no tenía el deber de actuar de manera ética, en la celebración del Otro si, por tratarse de un privado, supuesto planteamiento frente al cual, la delegada recuerda que el contratista es un colaborador del Estado, varias cosas han de decirse sobre el particular: nunca ha manifestado Prodeco que este habilitada para actuar contrariando el Derecho y la ética, lo que ha dicho es bien diferente, lo que ha manifestado es que las cargas que le son exigibles son diversas a las del servidor público, y además que no puede hacerse responsable por las cargas propias del Estado. Prodeco tiene derecho legítimo a realizar negocios y lucrarse, tiene derecho legítimo a tener unas consideraciones diferentes a las del Estado para celebrar un negocio jurídico, pues si carácter de colaborador se honra con la observancia honesta y de buena fe de lo pactado. De Igual manera ni Prodeco, ni ningún otro particular, está obligada a ser gendarme de cumplimiento de las cargas negócias propias del Estado, ni podrá ser reprochado por ello; así una cosa es que Prodeco, actué de buena fe, y otra muy diferente que sus cargas se extiendan hasta hacerlo responsable de que INGEOMINAS tuviera o no estudios previos, que estos coincidieran con los suyos propios, o que los mismos fueran suficientes.

En caso que dichas circunstancias llegaren a ser ciertas, las mismas son ajenas a PRODECO⁴².

⁴² Ahora bien, dicho lo anterior, procederé a referirme a las falsas premisas con las que el despacho pretende precisar la calificación de la conducta de Prodeco como dolosa. Las falsas premisas son las siguientes:

Presentar diferentes “escenarios”, implica dolo: (...) así las cosas lo que se observa en resumen, es que la contraloría considera que hubo dolo de Prodeco, en la medida en que insistió en la modificación del contrato, presentando varios argumentos, disímiles entre sí. Eso, en momento alguno es reprochable, y solo evidencia la intención de Prodeco de modificar el contrato, no la intención de causar daño al Estado. Por lo mismo, evidencia la falta de rigor lógico y jurídico con el que se ha valorado la conducta de Prodeco.

El resultado prueba la intención: El juicio de reproche que realiza la Contraloría, también contempla y se fundamenta en la siguiente afirmación: “Lo que se censura y se ha investigado en la presente causa es que esos “mayores ingresos” se obtengan en desmedro de los intereses de Estado.” Sin duda, este es un error de valoración, puesto que el fundamento del dolo termina siendo el supuesto resultado de la conducta; es decir, se considera que existe dolo porque existe daño, Por supuesto para Prodeco la Contraloría parte de una falta premisa, cual es la existencia de un desmedro de los intereses del Estado. Como se ha explicado antes, la concepción del negocio implica un balance económico y financiero, que incluso es muy favorable a los intereses del Estado. El VPN del proyecto, para el Estado aumenta, en mayo proporción de lo que aumenta para Prodeco (...)

En relación con la expansión, lo que Prodeco tuvo en cuenta fue la posibilidad de mayor producción que representa mayores ingresos para la compañía, así como mayores ingresos para el Estado. En cuanto a las modificaciones por razón del alegado desequilibrio económico, diferencias en la interpretación del contrato y desventaja competitiva, claramente la intención de Prodeco era conjurar los elementos negativos que le representaba las contraprestaciones de Prodeco al interior de una demanda, y bien la modificación de las contraprestaciones pudo ser producto de un fallo judicial a su favor. Y es que acceder al restablecimiento del equilibrio económico de un contrato Estatal. Por parte de la entidad contratante, por más que implique un impacto negativo al patrimonio público (que no es el caso), no significa que sea un daño, o que sea un daño antijurídico, y por lo mismo indemnizable. Bien Prodeco y cualquier contratista del Estado, puede pretender que se modifique el contrato a fin de equilibrar su contenido económico, aun cuando eso implique una erogación por parte del Estado o una disminución de sus ingresos. Ténganse en cuenta que la acción fiscal tiene un propósito indemnizatorio, y no sancionatorio, y en esa medida el daño a reparar debe ser un daño antijurídico. Eso lo ha olvidado por completo el despacho.

La valoración de la conducta no es individual. No es claro que las conductas Propias de Prodeco no es posible extraer un procedimiento ilegítimo, siendo esto tan cierto, que una y otra vez, para justificar el DOLO, el despacho señala que: 8i) el otro si fue firmado aun cuando una versión previa había sido devuelta por ser lesiva a los intereses del Estado, (ii) que no hubo un estudio previo para la firma de la modificación y (iii) que las declaraciones de las versiones libres y testimonios señalaron que las negociaciones estaban viciadas por las presiones de la alta dirección de INGEOMINAS o el Ministerio de Minas y Energía.

Tales circunstancias de ser ciertas, son totalmente ajenas a Prodeco.

Lo que se hace evidente es que la Contraloría encuentra acciones y omisiones reprochables en INGEOMINAS, y por una razón desconocida, que no es jurídica pretende hacer responsable a Prodeco de tales circunstancias. Y valga en ese punto realizar manifestaciones directas, es inculcable que existen 2 circunstancias en este proceso que están afectando a Prodeco y que le son totalmente ajenas. Y sobre la cuales valga decir, al menos frente a una de ellas, no se le ha permitido defenderse. Esas circunstancias son: (i) que INGEOMINAS se negó inicialmente a todas las propuestas presentadas por Prodeco, y que posteriormente suscribió la modificación, sin que en criterio de la Contraloría exista suficiente documentación que dé cuenta de los razonamientos técnicos previos que justificaran el cambio de posición, obviando la existencia de estudios realizados por INGEOMINAS, como aquel que da cuenta de la presentación de Power Point impresa y obrante en el expediente a folio 578, y (ii) que existen declaraciones que indican que hubo unas supuestas presiones al interior de INGEOMINAS para la suscripción del Otrosí (...)

Si se habla de dolo, debería probarse que Prodeco, indujo voluntariamente a error a INGEOMINAS, que ejerció presiones indebidas a funcionarios de esa entidad, que ocultó información etc.; No que no estuvo pendiente de que Ingeominas realizara sus análisis internos. Evidentemente el despacho no conoce la noción de dolo malo a la que se hizo referencia en el escrito de Descargos], y confunde lo que sería la culpa grave con el dolo. Esto último por cuanto la inexistencia de estudios previos (si fuera el caso) si acaso denota más claramente una negligencia que una intención de causar daño, negligencia que valga la pena reiterar no es predicable de la conducta de Prodeco. Se observa que el Despacho de manera impetuosa, pretendió llegar a un fallo con responsabilidad fiscal en contra de Prodeco, para lo cual se valió de su poder para negar pruebas, las cuales estaban justamente dirigidas a demostrar la debida conducta de Prodeco en las negociaciones y producto de su ánimo confundió por completo la posible negligencia (culpa) de Ingeominas con la intención (dolo) y además consideró coadministrador a un mero colaborador.

Lo posición de Ingeominas es prueba y la Contraloría es el juez del contrato, en el acápite 2.3.2 “Verificación de la Conducta Prodeco”, el despacho se refiere una vez más a las diferentes alternativas presentadas por Prodeco”, frente a las cuales Ingeominas manifestó su negativa. (...)

El razonamiento realizado por el despacho está muy lejos de ser lógico, lejos de ser jurídico y está lleno de falacias, que como tal, pretenden hacer ver lo que no es.

En primer lugar como se ha dicho antes. Ningún reproche merece el hecho de representar varios escenarios en un proceso de negociación, más aún cuando el cocontratante de cuya voluntad depende el buen término de la negociación inicialmente ha señalado su negativa al respecto. Se insiste, es apenas obvio, ese proceder, todavía más si se tiene en cuenta que existían muchas razones para modificar las regalías y contraprestaciones.

En segundo lugar, señalar que la modificación al contrato “no fue el resultado de que fueran lesivas para la compañía” ya que “nunca fue aceptado dicho criterio por parte de Ingeominas, es una falacia argumentativa. El hecho de que las contraprestaciones antes del cambio fueran lesivas o no para Prodeco, no depende del criterio de Ingeominas. Es absurdo señalar que las contraprestaciones eran lesivas o no para Prodeco, no depende del criterio de Ingeominas, es absurdo señalar que las contraprestaciones eran lesivas porque la entidad contratante en algún momento así lo dijo, aunque después evidentemente haya llegado a otra conclusión o razón que justificara la firma del Otrosí, recuérdese que el Otrosí N°8, fue también un mecanismo de transacción, materializado en una etapa de arreglo directo, previa a un litigio, donde el juez del contrato procedería a definir si efectivamente existía o no un régimen lesivo para Prodeco, y si tal situación generaba la obligación para Ingeominas de recomponer el contenido económico del contrato, Luego, ni la contraloría ni Ingeominas, tuvieron ni tienen la potestad de declarar si las contraprestaciones eran lesivas o no.

Tampoco, pueden caer en el absurdo error de señalar que los postulados sobre los cuales se solicitaba la modificación, no fueron probados en el curso del proceso de negociación, simplemente porque Ingeominas no procedió inicialmente a la negociación del contrato, Eso no es cosa distinta a desconocer la dinámica de cualquier proceso de negociación, donde las partes no están necesariamente de acuerdo desde el inicio del mismo.

Así las cosas, si la Contraloría excluyera, como lo debe hacer para la valoración del presupuesto subjetivo de la responsabilidad fiscal, los hechos que se encuentran dentro de la esfera de acción de Ingeominas y que son totalmente ajenos a Prodeco, se reducen a haber presentado diferentes escenarios, en un contexto de insistencia para la modificación del contrato, y como ya se indicó antes, ese proceder no merece juicio de reproche.

Lo anterior, teniendo en cuenta además, que la Contraloría debe asumir que el Otrosí tiene causa y objeto lícito, y no puede acudir a, tomar como ciertas, las conclusiones de Ingeominas en relación con la existencia o no de equilibrio económico del Contrato, máxime cuando hay pruebas en sentido contrario que no fueron analizadas por la CGR.

Adicional se observa siempre, que existen evidentes errores en la valoración probatoria que realiza la Contraloría, según la cual, con total ausencia de rigor considera absolutamente ciertas las consideraciones iniciales de Ingeominas, así como las de sus propios técnicos a la par que sin razón alguna priva de la mínima credibilidad a los dictámenes aportados por Prodeco, sobre tales dictámenes se limita a señalar que son posteriores a los hechos, como si eso fuera un argumento para desconocer su contenido.

5. Se considera que PRODECO es sujeto pasivo de esta acción fiscal por adelantar actividades relacionadas con la gestión fiscal. Si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes, en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa. El alcance de la jurisprudencia constitucional le otorga a la expresión “con ocasión” de la gestión fiscal, es un elemento para determinar la tipicidad de la conducta imputable y no para ampliar el espectro de sujetos pasivos de la acción fiscal, por fuera de quienes tienen a su cargo el manejo y administración de recursos públicos. Por lo anterior, no resulta jurídicamente válido considerar a PRODECO sujeto pasivo de la acción fiscal⁴³.

Conclusión de todo lo anterior, es que no existe a lo largo del proceso, ningún fundamento para señalar que Prodeco, pretendió causarle daño al Estado, daño que en todo caso, es inexistente.

⁴³ (...) Así mismo, si se considera que Prodeco es sujeto pasivo de esta acción, por supuestamente adelantar actividades relacionadas con la gestión fiscal que caben dentro de la locución con “ocasión” de la gestión fiscal contenida en el artículo 1 de la Ley 610 de 2001, es preciso aclarar que dicha locución se encuentra relacionada con la tipicidad de las conductas imputables, y no con la legitimidad pasiva de la acción fiscal. La legitimidad pasiva no cambia si la conducta imputada tiene lugar por la gestión fiscal, o con ocasión de esta. En todo caso, el sujeto pasivo de la acción fiscal será el servidor público o el particular que tenga a su cargo el manejo o administración de recursos o fondos públicos, de acuerdo con la definición que de gestión fiscal trae el artículo 3 de la Ley 610 de 2001.

Sobre la legitimación pasiva, la citada ley señala en sus artículos 4 y 5 lo siguiente:

“Artículo 4 Objetivo de la Responsabilidad Fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.”

Artículo 5 Elementos de la Responsabilidad Fiscal. La responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

- *Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.*
- *De este modo, la expresión con ocasión de la gestión fiscal, debe entenderse como aplicable solamente a actividades derivadas directamente de dicha función, pero en todo caso realizadas por quienes la tienen a su cargo. Se refiere a un modelo de conducta, y no a la posibilidad irrestricta de ampliar los sujetos pasivos de la acción fiscal, entre otros, a particulares bien distintos a los señalados en las normas aplicables. Para mayor claridad, observemos lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-840 de 2001:*

“De acuerdo con esto, la locución demandada (“con ocasión de esta”) ostenta un rango derivado y dependiente respecto de la gestión fiscal propiamente dicha, siendo a la vez manifiesto de su carácter

restringido en tanto se trata de un elemento adscrito dentro del marco de la tipicidad administrativa. De allí que según se vio en párrafos anteriores, el ente fiscal deberá precisar rigurosamente el grado de competencia o capacidad que asiste al servidor o al particular en torno a una específica expresión de la gestión fiscal, descartándose de plano cualquier relación tacita, implícita o análoga de la gestión fiscal, que por su misma fuerza rompa con el principio de tipicidad de la infracción. De suerte tal que solo dentro de estos taxativos parámetros puede aceptarse válidamente la permanencia e interpretación y aplicación del segmento acusado.

Una interpretación distinta a la aquí planteada, conduciría al desdibujamiento de la esencia propia de las competencias, capacidades, prohibiciones y responsabilidades que informan la gestión fiscal y sus cometidos institucionales.

Consecuentemente, si el objeto del control fiscal comprende la vigilancia del manejo y administración de los bienes y recursos públicos, fuerza reconocer que a las contralorías les corresponde investigar, imputar cargos y deducir responsabilidades en cabeza de quienes en el manejo de tales haberes, o con ocasión de su gestión, causen daño al patrimonio del Estado por acción u omisión, tanto en forma dolosa como culposa.”

Los anteriores apartes permiten observar el alcance que la jurisprudencia constitucional le otorga a la expresión “con ocasión” de la gestión fiscal que fuerza a concluir que dicha locución es un elemento para determinar la tipicidad de la conducta imputable, y no para ampliar el espectro de sujetos pasivos de la acción fiscal, por fuera de quienes tienen a su cargo el manejo y administración de recursos públicos.

Así las cosas, no resulta jurídicamente válido considerar a Prodeco, sujeto pasivo de la acción fiscal.

Sumado a todo lo que precede, Prodeco despliega otra serie de argumentos esbozando una violación al debido proceso, así:

“La decisión adoptada mediante el fallo que se impugna, es producto de una actuación administrativa en la que se puso en total indefensión a Prodeco. No se le permitió interrogar a los funcionarios de la Contraloría que elaboraron los informes de apoyo técnico, e indagar por las omisiones de dichos informes. No se le permitió presentar la declaración de los expertos que elaboraron los documentos técnicos aportados por Prodeco, Y principalmente no se le permitió presentar las declaraciones de los testigos directos de las negociaciones del Otrosí, a fin de que dieran cuenta de la conducta de Prodeco, de las motivaciones expuestas en las reuniones con Ingeominas para la modificación del contrato, y del nivel de información de carácter técnico puesto de presente a dicha entidad.

Las decisiones adoptadas por la contraloría respecto a la solicitud probatoria realizada por Prodeco, vulneran el debido proceso pues mermaron sustancialmente sus posibilidades de defensa.

En efecto el despacho cerró toda posibilidad de debate probatorio después de la imputación conservando solamente aquellas pruebas practicadas en la etapa de investigación, que bajo la valoración de la Contraloría llevaron a imputar cargos en contra de Prodeco. Si bien con los descargos se puso de presente la indebida valoración probatoria realizada por el Despacho, se advirtió que esa valoración no tendería a cambiar en un proceso donde la etapa de investigación y la de imputación están a cargo de la misma entidad, y no se iban a considerar pruebas diferentes. Esto con mayor razón cuando el fundamento principal utilizado por la Contraloría para negar las pruebas fue calificarlas de superfluas, pues en la lógica jurídica tal calificación no puede significar algo distinto a considerar que los hechos sobre los cuales versaría la prueba ya se encuentran debidamente demostrados.

Las declaraciones y pruebas en general, se practicaron en una etapa que no contenía una calificación de la conducta. Con el auto de imputación, se realizaron de manera formal las imputaciones fácticas y jurídicas, el juicio de conducta a título de dolo, y demás consideraciones sobre las cuales Prodeco tenía derecho a presentar argumentos de defensa, y allegar y solicitar pruebas. La etapa de investigación y la etapa seguida a la imputación son escenarios distintos, con dimensiones distintas, y con un marco de referencia para la defensa de los implicados diferente. Por tal razón no era ajustado a derecho manifestar que ya se habían practicado otras pruebas con anterioridad, que ya habían sido valoradas, y que por tal razón las solicitadas con los descargos eran superfluas o inútiles.

Prodeco tenía derecho a defenderse de la calificación dolosa de la conducta, y esa defensa solo era posible después del auto de imputación, y con base en las declaraciones solicitadas. Luego, la negativa en la práctica de estas pruebas implicó que Prodeco se viera imposibilitado por cuenta del Despacho, de defenderse de uno de los elementos estructuradores de la responsabilidad fiscal.

6. La decisión de la CGR puede ser considerada como una posible violación a la reserva de derechos derivados de compromisos internacionales asumidos por Colombia relacionados con la protección de los inversionistas privados internacionales y normas generales del derecho internacional público como la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁴⁴.

⁴⁴ *“Para despejar cualquier duda, Prodeco y Glencore ratifican expresamente esas reservas, y reiteran que el presente escrito y cualquier otro escrito o documento en el marco de este proceso se presentan sin perjuicio y bajo plena y expresa reserva de todos los derechos acciones e intereses de Prodeco y/o Glencore Internacional AG de conformidad con el derecho colombiano y el derecho internacional, incluyendo, sin limitación, el convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006 y en vigor desde el 6 de octubre de 2009, tanto en lo que se refiere a la compensación que les corresponde, como el derecho de dirimir cualquier controversia mediante arbitraje internacional, incluyendo arbitraje bajo los auspicios del centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones (CIADI).*

(...) Los compromisos internacionales asumidos por Colombia, que deben ser respetados por los órganos como la Contraloría Delegada respecto a inversionistas protegidos por el Tratado, como es el caso de Glencore y/o Prodeco, y a sus inversiones, incluyen, sin limitación, los de (i) no perjudicar con medidas no razonables o discriminatorias, el mantenimiento, uso, disfrute y extensión de las inversiones: (ii) garantizar un tratamiento justo y equitativo, (iii) brindar un tratamiento no menos favorable que el dado a inversionistas colombianos o de la nación más favorecida, y (iv) no tomar medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o el mismo efecto, sino de conformidad con lo previsto en el Tratado.

(...) Los artículos sobre responsabilidad, las conductas de los órganos de un Estado en violación de compromisos internacionales generan responsabilidad internacional de Colombia. El fallo aduce en su página 114 que Glencore y/o Prodeco no podrían someter las controversias derivadas de la conducta de la Contraloría Delegada y de su Fallo a arbitraje internacional en el marco del tratado. Ello es incorrecto. Los inversionistas protegidos al amparo del tratado pueden someter a arbitraje internacional cualquier asunto relativo a medidas implicadas por Colombia que sean inconsistentes con las obligaciones que Colombia asumió mediante tratado.

(...) El fallo también parece sugerir que en el supuesto en que Prodeco y/o Glencore ejerzan sus derechos, acciones o intereses, en el marco del tratado, que se han reservado expresamente, Colombia podría justificar las violaciones al Tratado, que se han reservado expresamente, Colombia podría justificar las violaciones del tratado, derivadas del accionar de la Contraloría Delegada invocando normas de derecho colombiano, tales como la Constitución, esto también es incorrecto. La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, en vigor desde 1980 y ratificada por Colombia desde 1985, prevé en su artículo 27 que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Aplicando este principio, diversos Tribunales rechazaron los intentos de varios estados de justificar la violación de tratados de inversión invocando su derecho nacional. Así sucedió por ejemplo en los casos Venezuela Holdings b.v y otros v. Venezuela, Suarez y otros v. Argentina y Total vs. Argentina. (...)”

La decisión del recurso de apelación resuelto por la Contraloría General de la Nación

A efectos de resolver la presente impugnación con base en los argumentos expuestos en el escrito de sustentación, la Contraloría reseñó una serie de argumentos que responden de manera clara y precisa a cada uno de los puntos esbozados en el escrito de apelación, que desarrollaron los motivos de inconformidad del recurrente. En ese sentido, procederemos a mencionar brevemente las consideraciones del órgano de control.

- a. “La Contraloría está facultada para adelantar el ejercicio del control fiscal desde la celebración del contrato y en cualquier etapa del mismo. No puede desvirtuarse el daño por la posibilidad de que en la liquidación, Prodeco compense al Estado.”

Sobre el punto resaltado en líneas anteriores, la Contraloría considera que dentro de los argumentos expuestos a lo largo de la defensa de Prodeco, esta última insiste en que los contratos de tracto sucesivo, es preciso esperar el transcurso del tiempo (características fundamentales de éstos) para que puedan determinarse las cargas prestacionales, lo que en consecuencia supone que éstas no pueden establecerse en relación con un periodo determinado de la ejecución contractual, sino, que deben ajustarse al final del contrato.

Al respecto el órgano de control señala que, contrario a lo expresado por el apoderado de Prodeco, para el ejercicio del control fiscal en el escenario descrito, no es necesario esperar hasta la liquidación del contrato para tener certeza o establecer el daño patrimonial resarcible por vía de proceso fiscal.

Asimismo, menciona que se tiene por establecido que el control fiscal que ejerce en materia contractual la Contraloría General de la República, puede hacerse después de formalizada la voluntad de los contratantes y en cualquier etapa

contractual al generarse un daño, independientemente de que el contrato se haya o no liquidado. Asimismo, afirma el organismo de control, que ciertamente la jurisprudencia constitucional ha identificado el momento de la liquidación del contrato, como una de las etapas en las que se puede ejercer la función constitucional en cabeza de los organismos de control fiscal, lo cual no puede interpretarse como una limitación exclusiva y temporal para el ejercicio del mismo. Así pues, la Corte Constitucional ha sostenido:

“durante los procesos de contratación pública existen varios momentos en los cuales los organismos autónomos de control fiscal pueden intervenir para asegurar el cumplimiento de su misión institucional: (i) cuando han concluido los trámites administrativos de legalización de los contratos, (ii) cuando se ejerce el control posterior de las cuentas y pagos realizados; y (iii) cuando se ha liquidado o terminado dichos actos.”⁴⁵

De igual manera, la CGR argumenta que tratándose de circunstancias en las que el daño es cierto y se aprecia de manera objetiva e independiente a la liquidación del contrato, es perfectamente factible que se adelante el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior, al margen de que se trate o no de un contrato de tracto sucesivo, teniendo en cuenta que existen obligaciones que deben cumplirse de forma previa a la liquidación del mismo y, en razón a lo anterior, es posible que se configure un daño previo a su culminación derivado, por ejemplo, de la inobservancia del principio de planeación contractual.

Asimismo, el órgano de control precisa que el recaudo de regalías en el presente contrato, no se pactó para hacerse efectivo en la liquidación del mismo, pues este se causaría paulatinamente durante su ejecución. Ahora bien, en el marco de lo anterior, específicamente durante el llamado “periodo de transición”, se presentaría la disminución injustificada de las regalías, circunstancia que de

⁴⁵ **Corte Constitucional.** Sentencia C- 967 de 21 de noviembre de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio.

manera evidente, materializó el daño patrimonial en contra del Estado cuyo resarcimiento se persigue.

Por último, la CGR precisa que la razón de ser del proceso de responsabilidad fiscal no es que el Estado reciba mayores sumas de dinero, sino que se recupere el patrimonio público que se dejó de percibir, por la explotación del recurso natural en el denominado periodo de transición.

b) “No es posible constitucionalmente disminuir las regalías”

La Contraloría General de la República afirmó sobre el particular que (...) si bien no existe una prohibición constitucional o legal expresa, lo cierto es que tal y como lo señaló el funcionario de primera instancia, la regalía tiene un propósito fijado constitucionalmente, el cual es atender o satisfacer el interés colectivo que es lo que motiva al Sistema General de Regalías.

En ese sentido, la CGR fundamenta su pronunciamiento bajo el principal argumento de la satisfacción del interés general, postulado que indiscutiblemente para el órgano de control es uno de los principales principios del Estado de derecho y que se convierte en un mandato constitucional. Así pues, la Contraloría considera que el pago de regalías en una menor proporción, indiscutiblemente causa un impacto negativo en el interés general de la Nación. En consecuencia, afirmó:

De allí, que una disminución en el monto de las mismas, en la que no se tenga en cuenta más que el interés particular por encima de los intereses generales, atenta contra la finalidad para la que fueron instituidas. Lo anterior, se desprende del plenario probatorio, en el que no se evidencia precisamente que la disminución de las regalías hubiera tenido como propósito viabilizar financiera y económicamente el contrato, y que fuera un negocio provechoso para ambas partes, sino por el

contrario un mayor incremento en las utilidades de dicha empresa en desmedro de los intereses del Estado.”

c) “El daño se configura por la violación del principio de planeación contractual, que obliga al contratista a ser garante de que el Estado lo cumpla”.

Al respecto el órgano de control determina que, contrario a lo expresado por el apelante, el juicio de reproche realizado a lo largo del proceso no se circunscribe únicamente a la ausencia de estudios previos, sino a los efectos de la falta de planeación en la modificación del Otrosí N°8, *que hubiera permitido avizorar los efectos adversos ocasionados a las finanzas estatales.*

Y agrega: *“El daño patrimonial al estado no se generó en forma directa por falta de planeación, puesto que tal como lo advierte el apoderado, el daño puede producirse con o sin estudios previos. No obstante, una planeación deficiente o ausencia de la misma incide de forma directa en el manejo eficiente y la mala administración de los recursos públicos, en otros términos, puede generar costos innecesarios al no prever circunstancias previsibles.*

Ahora bien, en relación con la calidad de sujeto privado de la empresa y su relación con la gestión fiscal, la defensa de Prodeco fue enfática al aseverar la imposibilidad de convertir a un privado en sujeto del control fiscal, afirmación que fue debatida por la CGR en los siguientes términos: (...) *De otro lado, la argumentación hace el esfuerzo por presentar a Prodeco como una persona jurídica de derecho privado y por lo tanto no sujeto al control fiscal, al respecto enfatiza en que el momento de contratar con una entidad pública, la persona jurídica de derecho privado establece una relación distinta a la que se forma cuando se trata de dos entes privados, comoquiera que dentro de la contratación estatal se encuentra inmerso un interés colectivo.”*

En el caso bajo estudio, la conducta exigible por parte de Prodeco, como colaborador de la administración, no era sobreponer su afán de lucro por encima de los intereses colectivos causando de forma dolosa el detrimento causado en contra del Estado en el periodo de transición fijado a través del Otrosí N° 8 al contrato 044 de 1989. Lo exigible indiscutiblemente no era la realización de estudios previos a la negociación lo cual no le correspondía, pero si al momento de liderar las múltiples iniciativas de modificación del contrato tuviera presente armonizar los intereses de las partes y no valerse de la debilidad institucional de Ingeominas, determinada por sus agentes, para pactar un cambio de las regalías y contraprestaciones económicas favoreciendo sus intereses en detrimento de los estatales.

En este sentido, se reitera que Prodeco tiene unas responsabilidades derivadas de la relación contractual con el Estado, mediante la cual se busca se busca la satisfacción de necesidades generales, y por tal razón no se le pedía nada distinto a que actuara como colaborador bajo los postulados de la buena fe contractual.

d. “Prodeco actuó con dolo”

Al respecto el Organismo de control, advierte que para la calificación dolosa de la conducta, contrario a lo expresado por Prodeco, no solo se tuvo en cuenta la simple presentación de varias propuestas, sino que tal como se manifestó en el fallo de primera instancia, se valoraron en conjunto las circunstancias que antecedieron y caracterizaron la negociación, en la que se evidenció, más que la voluntad legítima de pactar una modificación contractual y la obtención de mayores beneficios, un afán de sobreponer los intereses particulares, teniendo en cuenta que la empresa desplegó una serie de conductas deliberadas como la presentación de justificaciones para el cambio del contrato, las cuales no correspondían a la realidad.

Al respecto, la Contraloría menciona que, en el fallo impugnado se hicieron las siguientes connotaciones:

“El grado de culpabilidad que se le ha endilgado a Prodeco, no se basa en la intención legítima de impedir o detener pérdidas, ni en la obtención de mayores beneficios, circunstancias que por sí solas no constituyen irregularidad alguna, como bien lo ha dicho el apoderado, Se fundamentan en la serie de maniobras desplegadas por Prodeco que se materializan, en como rechazadas las propuestas por Ingeominas, plateaba diferentes escenarios, como pasó entre otros, de desequilibrio económico contractual, desacuerdo en la interpretación de cláusulas contractuales, falta de competitividad en el mercado aduciendo entonces desigualdad con otras empresas exportadoras de carbón en Colombia, hasta expansión, pero ésta disminuyendo las regalías a favor del Estado, con el argumento de que entre mayor producción, mayores ingresos a favor del mismo. En este último escenario se sostiene que se compensará más adelante, sin que se hubiese determinado de antemano forma y término para ello, salvo enunciados abstractos y genéricos.

(...) Retomemos como inició y como concluyó el proceso. Para febrero de 2007 se celebra el Otro sí N° 7 y se prorroga el contrato, considerándose dentro del mismo la expansión del proyecto. Sin embargo, para mayo de 2008, Prodeco plantea divergencias en la interpretación de las cláusulas contractuales y producto de ello no cancela las obligaciones económicas conforme a los términos del contrato lo que genera requerimientos para el pago de las obligaciones pendientes; a partir de allí procede a presentar distintas propuestas y a construir escenarios para cumplir su propósito de modificar las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, situación que está demostrada en la presente causa fiscal mediante las pruebas que obran en el proceso y que fácilmente pueden apreciar en el informe técnico rendido por la CGR dentro del proceso visto en el C. 3 folios 448 y siguientes.” (Pág. 90, reverso folio 3905)

Así las cosas, las pruebas según el órgano de control, obrantes en el proceso, dan cuenta de las acciones realizadas por Prodeco, lo que obliga a calificar la

conducta como dolosa, comoquiera que demuestran una intención de incrementar ilegítimamente sus ganancias derivadas del negocio, sin hacer un mínimo esfuerzo por armonizarlos con los intereses estatales, obligación que se deriva de su condición de ser colaborador de la administración.

El dolo se deriva, además de la voluntad, del conocimiento que tenía Prodeco de la disminución en las regalías ya pactadas, y de los efectos lesivos al patrimonio del Estado, los cuales fueron puestos de presente en las múltiples propuestas rechazadas por parte de Ingeominas, por lo que acudieron al argumento de “mayor volumen de explotación”, cuando ni siquiera se había alcanzado el volumen acordado en el contrato inicial. Tal propuesta necesariamente tendría que parecer razonable en la medida que para la mayor explotación se requería, según los argumentos de los implicados una mayor inversión, pero tal como se desprende de las pruebas, tampoco esa mayor producción ni la inversión se dieron en el periodo de transición tal como se soportó en el fallo.

e. “La valoración de la conducta no es individual”

Según el ente de control, el análisis realizado en el juicio de responsabilidad fiscal no utiliza la metodología mencionada por el recurrente, en tanto que de ninguna manera obra en el expediente, ni tampoco, se puede aseverar que se vinculó de igual forma a todos los implicados en el proceso, desconociendo que por un lado se encuentra Prodeco y por otro lado, se encuentran funcionarios públicos.

En ese sentido, la CGR afirmó:

Se advierte que en el presente proceso el análisis de la conducta de cada uno de los implicados fue analizada de forma separada, tan es así que al momento de la calificación de sus acciones algunos vinculados fueron hallados responsables a título de dolo, otros de culpa grave y otros fueron absueltos, de otro lado, la conducta de Prodeco, a diferencia del reproche realizado a la conducta de los

servidores públicos, fue analizada desde las actuaciones que eran propias, inherentes y exigibles en su calidad de contratista.

Por lo que para la Contraloría resulta impreciso afirmar que en el proceso se pretendió extender las obligaciones que le correspondían a Ingeominas y al Ministerio de Minas y Energía a Prodeco, tales como la elaboración de estudios previos a la negociación, pues como ya se ha reiterado en esta providencia el juicio de reproche realizado a la empresa está relacionado con sus obligaciones como contratista y por ende colaborador de la administración.

f. “La posición de Ingeominas es prueba.

A partir de los diferentes elementos probatorios que obran en el expediente, si bien es claro que las propuestas presentadas por el recurrente no demuestran por si solas el daño, lo que sí es claro es que se trataba de una estrategia que buscaba, a toda costa, la reducción del monto de las regalías, independientemente de la posición negativa que siempre demostró Ingeominas.

Par fundamentar lo anterior, la CGR mencionó:

A lo largo y ancho del auto de imputación y del fallo de primera instancia se dejó claro que las negativas dadas por Ingeominas a las distintas propuestas o alternativas presentadas por Prodeco no son pruebas del daño, pero si indican la conducta y voluntad de Prodeco, pues como quedó demostrado dentro del proceso las propuestas de Prodeco si bien eran diferentes, una vez rechazado un escenario se presentaba alternativa “distinta”, en la que lo constante era la disminución de regalías constituidas a favor del Estado, lo que obliga a concluir que se trataba de una estrategia comercial dirigida a obtener un resultado definido, al margen de los reparos realizados por la entidad estatal contratante.

Y respecto de la prueba del daño, es abundante el material probatorio obrante en el expediente que lo demuestra, tales como informes técnicos de los cuales, en su oportunidad, se les corrió traslado a Prodeco para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa.

Contrario a lo expresado por Prodeco, no se advierte en el fallo de primera instancia ninguna consideración relativa a la validez del contrato, de hecho, lo que si hace es llamar la atención sobre el hecho que al momento del pretendido restablecimiento de la ecuación contractual, de lo que fue alegado en las múltiples solicitudes de modificación del contrato, no se evidencia prueba alguna que demuestre el desequilibrio. Sin embargo, abundan en el plenario opiniones técnicas contratadas por Prodeco (Inverlink y Kpmg) que apuntan a demostrar tal circunstancia, aun cuando lo procedente era probar previamente a la entidad al momento en que se estaba pidiendo la reforma del contrato con fundamento en el restablecimiento de la ecuación contractual por el supuesto desequilibrio.”

g. Prodeco es sujeto pasivo de la acción fiscal y en el curso del proceso se le violó el derecho al debido proceso.

Al parecer uno de los aspectos más discutibles de la controversia se concentra en la posición que ostentaría Prodeco frente a la institución jurídico económica del control fiscal que ejerce la CGR. A lo largo y ancho del expediente, así como en los alegatos que la empresa utilizaría, más adelante, para fundamentar la demanda internacional contra el Estado colombiano se encuentra precisamente la inviabilidad que representa convertir a un privado obligado a pagar regalías en virtud de un contrato, en sujeto pasivo de la acción fiscal. No obstante la posición de Prodeco, la CGR considera que, a la luz de la ley nacional en la materia, sumado a los derechos y las obligaciones derivadas del contrato que permiten a la empresa beneficiarse de un bien que le pertenece al Estado, es evidente que dichas circunstancias permiten colegir que la empresa debe ser considerada como

gestor fiscal y, en consecuencia, podría ser llevado a un proceso de responsabilidad fiscal.

En ese sentido, afirmó el órgano de control lo siguiente:

El Órgano de Control señala que Prodeco vuelve al argumento de ser una persona de derecho privado y contratista del Estado, y que por dicha razón no puede ejercer gestión fiscal, porque no maneja o administra recursos públicos, por lo cual no es sujeto pasivo de la acción fiscal.

Y adicionalmente para soportar lo anterior, la Contraloría cita el artículo 3 de la ley 610 del 2000 que establece que:

Artículo 3. Gestión Fiscal. Para efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión, y disposición de los bienes públicos, así como la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden de cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de la legalidad, eficiencia, economía, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

Así las cosas, en la persona de Prodeco convergen varios elementos que comparten quienes ejercen gestión fiscal, se dedica a la explotación de carbón en el país y a su vez tiene la titularidad jurídica para administrar este recurso natural con base en las reglas fijadas en el contrato 044 de 1989.

Respecto a los recursos naturales, el artículo 332 de la Constitución establece que el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables sin

perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con el arreglo a las leyes preexistentes” y mediante las cláusulas contractuales a través de las cuales el Estado le otorgó a Prodeco la exploración, construcción, montaje y explotación del recurso natural no renovable de carbón en un área claramente especificada en el contrato, lo cual implica que igualmente le transfirió la administración y manejo del yacimiento, manejo y administración que en principio estaba en cabeza del estado.

Como quiera que el Estado es dueño del subsuelo y por ende del mineral no extraído, la explotación del yacimiento carbonífero ubicado en los municipios de Becerril, el paso y la Jagua de Ibiricó – Departamento del Cesar, es mediante un contrato en el que a Prodeco se le concede temporalmente la facultad de manejar, administrar, y explotar dicho yacimiento convirtiéndolo al mismo tiempo en gestor fiscal, y sujeto pasivo de la acción de responsabilidad fiscal.

En relación con la presunta violación al debido proceso alegado por Prodeco, fundamentado en la renuencia del organismo de por no haber practicado y tenido en cuenta, todas y cada una de las pruebas pedidas por el recurrente, la CGR menciona que no existe obligación legal que disponga una conducta diferente a la desplegada por ella en la sustanciación del procedimiento administrativo. Así pues, afirmó:

De otro lado, el apelante alega que se presentó una violación al debido proceso como quiera que se puso a la vinculada en un estado de indefensión al no permitirle interrogar los profesionales de la Contraloría General de la República que realizaron los informes técnicos, ni dejaron declarar a los expertos que realizaron las opiniones que la empresa presentó y se le cercenó la posibilidad de debate probatorio con posterioridad a la imputación, por lo cual no se pudo defender de la calificación de la conducta a título de dolo.

Se advierte que no existe una estipulación legal que obligue al funcionario de conocimiento a practicar indistintamente todas las pruebas que soliciten los

vinculados al contrato, se deben decretar solo las que cumplan con las condiciones de conducencia, eficiencia, pertinencia, y utilidad, rechazando así las que no cumplan con los requisitos establecidos legalmente. Se aclara que la sola negativa de una prueba no implica por si sola la falta de garantías al debido proceso y/o el derecho de defensa, pues tal como se dio en el presente caso, su rechazo está ligado al análisis del funcionario de conocimiento en aplicación de los principios de sana crítica.

h. El juicio fiscal adelantado contra Prodeco es contrario a los derechos reconocidos al inversionista en normas internacionales aceptadas por Colombia.

Sobre el punto llamado por Prodeco “Reserva de Derechos”, la CGR es enfática al afirmar que el procedimiento administrativo adelantado en contra de la empresa se hace de acuerdo con el derecho nacional dispuesto para este tipo de circunstancias, el cual ha sido aplicado con rigor y dentro del marco constitucional colombiano. Asimismo, afirma el órgano de control que ni el procedimiento, ni las normas domésticas son contrarias a los compromisos internacionales asumidos por Colombia.

En atención a lo anterior, la CGR aseveró:

(...) Finalmente en el acápite titulado “Reserva de Derechos”, Prodeco recalca la obligatoriedad de los convenios internacionales suscritos por Colombia dentro de los que menciona el firmado entre Colombia y la Confederación Suiza sobre la promoción y protección recíproca de inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006 y en vigor desde el 6 de octubre de 2009, y a su vez, previene al órgano de control sobre la posibilidad de someter la conducta de la Contraloría Delegada a instancias de Arbitraje Internacional considerando las inconsistencias de las obligaciones asumidas por Colombia en el precitado tratado.

Frente a lo esbozado, se advierte dentro de la función constitucional de control fiscal ejercida a lo largo del proceso, se han seguido y respetado las normativas que regulan el procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal contemplado en la Ley 610 de 2000, así como respetado las garantías constitucionales para este juicio las cuales se encuentran acordes con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia.

El escrito del impugnante parece sugerir una especie de inmunidad fiscal a favor de las personas jurídicas de derecho privado que operan con inversiones de capital internacional, al respecto es menester aclarar que hasta el momento no existe normativa expresa que contemple tal garantía como absoluta.

Tal como quedó expuesto en el proceso desde el inicio, la responsabilidad que se le atribuye a C.I. Prodeco deviene de la lesión a los intereses patrimoniales del Estado Colombiano causados como consecuencia de la modificación al negocio y condiciones ya pactadas en el contrato 044 de 1989, daño que se materializó en el denominado periodo de transición, lo cual debe resarcirse con una retribución equivalente al valor que debía haberse pagado por el inversionista al estado, como producto de la explotación del suelo y el subsuelo bajo las condiciones pactadas.

De otro lado, el fallo de responsabilidad fiscal proferido no encaja en ninguna de las causales señaladas en el tratado y enunciadas por el recurrente, toda vez que no se trata de ninguna medida discriminatoria para el inversionista prodeco, ni menos favorable, ni constituye una expropiación como lo sugiere el apelante al enumerar los laudos proferidos por tribunales de arbitramento internacionales.

En ese orden de ideas, los casos señalados por el apelante no constituyen precedentes frente a la decisión adoptada por este órgano de control, como quiera que el presente proceso se falla en estricto cumplimiento de las disposiciones constitucionales y legales que en materia de responsabilidad fiscal se aplican a toda persona natural o jurídica nacional o extranjera, que conforme a la norma

fiscal haya causado un daño o lesión a los intereses patrimoniales del Estado Colombiano, como consecuencia de una gestión fiscal irregular.

En conclusión y, teniendo en cuenta los principales argumentos que mencionamos en líneas precedentes, el Contralor General de la República del momento, el Doctor Edgardo Maya Villazón, consideró la existencia de un daño patrimonial, una conducta antieconómica e ineficiente y un nexo causal entre dichos elementos, lo que conllevó a confirmar el fallo con responsabilidad fiscal de Juan José Martínez, Mario Ballesteros Mejía, José Fernando Ceballos Arroyave y C.I. Prodeco S.A.

1.2 Breves consideraciones respecto a la decisión tomada por la Contraloría General de la República

A partir del resumen de los hechos y de lo acaecido en el proceso de responsabilidad fiscal, varias son las consideraciones que nos permiten hacer un análisis de cara a la problemática objeto de este estudio de la presente investigación.

- **En relación con la liquidación de los contratos**

Frente a la liquidación de contratos de tracto sucesivo, es un corolario señalar que, tanto la ley como la jurisprudencia han considerado de manera reiterada a la liquidación de contratos como una etapa intermedia entre la ejecución del contrato y la finalización del mismo, dentro de esta, precisamente le está permitido a las partes realizar ajustes de cuentas y así lo ha establecido el Consejo de Estado cuando ha mencionado que:

*“La liquidación del contrato se ha definido doctrinaria y jurisprudencialmente, como **un corte de cuentas**, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes*

hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución. La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación **las partes valoran su resultado**, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste. (...) **liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato**, de tal manera que **conste el balance** tanto técnico **como económico** de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la **liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual.**⁴⁶

Adicionalmente, esta etapa contractual procede y es necesaria eminentemente en los contratos de tracto sucesivo, como es el caso del contrato N° 044 de 1989, objeto del análisis concreto del presente trabajo.

Además, en este sentido, se ha pronunciado el Consejo de Estado en sentencia del 30 de abril del 2014, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón determinando que:

⁴⁶ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777)

“Serán objeto liquidación todos aquellos contratos de **tracto sucesivo** y adicionalmente todos aquellos cuya ejecución o cumplimiento se extiendan en el tiempo, (...)”

Así las cosas, si la liquidación es una oportunidad, vista como aquel reflejo de la evaluación o balance de la ejecución de las obligaciones del contrato y de los pagos realizados al contratista, con el fin de que refleje con mayor exactitud el estado del contrato mismo, no se entiende, desde nuestro punto de vista, porqué el organismo de control colombiano, no permitió que se llegara a esta etapa en el Contrato 044 de 1989, cuando la misma Ley faculta a las partes, incluso en esta fase, a realizar los ajustes económicos necesarios. Esto último, como una forma de prevenir la generación de hechos ilícitos internacionales, teniendo en cuenta que desde los pronunciamientos de Prodeco en la primera instancia del procedimiento de responsabilidad fiscal y luego en el recurso de apelación, se había hecho mención a la presunta violación de sus derechos en calidad de inversionista extranjero y que se encontraban reconocidos en diferentes normas internacional aceptadas por Colombia, pero en especial, en el tratado bilateral de inversión celebrado con Suiza, país de la nacionalidad de la empresa Glencore.

Asimismo, se debe tener en cuenta que en los contratos regidos por el Estatuto General de Contratación Pública, la liquidación resulta ser, sin lugar a dudas, un imperativo para las entidades y un deber del contratista que esta se lleve a cabo, diferente a lo establecido en el derecho privado, donde la liquidación de los contratos, resulta siendo un evento intermedio sujeto a la autonomía de la voluntad.⁴⁷

Por lo anterior, si la finalidad de la liquidación de los contratos estatales es una necesidad, que en su trasfondo envuelve objetivos propios de la contratación

⁴⁷ **DIAZ DÍEZ. Cristian Andres.** La liquidación. Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Librería Jurídica Sanchez, 2016.

pública, a partir de la correcta aplicación de principios en búsqueda de la consecución de fines estatales, no se entiende, a la luz del principio de planeación, porqué la Contraloría General de la República, no permitió que se llegara a esta fase o etapa contractual. En ese sentido, la doctrina ha establecido de manera sucinta, tres argumentos para explicar la obligación de liquidar los contratos estatales, dentro de las que se encuentran precisamente, la garantía constitucional de planeación de las finanzas públicas,⁴⁸ la exigencia constitucional de la seguridad jurídica y el deber constitucional de asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos”⁴⁹

En ese sentido, el Estatuto de Contratación Pública establece que también en esta etapa, las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar. Constarán, entonces, en el acta de liquidación **los acuerdos, las conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes** para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Ahora bien, si la liquidación tiene propósitos claros en convertirse en una herramienta que permita, en el caso concreto, tener claridad sobre todos aquellos compromisos que por virtud del contrato las partes tenían pendientes, además de ser un instrumento que busca prever, por economía procesal, conflictos futuros pendientes o terminarlos de forma anticipada, se reitera, no se entiende porqué si se pudieron utilizar mecanismos alternativos de solución de conflictos como la conciliación o la transacción, la Contraloría General de la República no permitió dichas alternativas.

⁴⁸ *“La liquidación contribuye al manejo ordenado de los recursos públicos y **fortalece la eficiencia de la administración**, porque **garantiza la claridad de cuentas**, para evaluar cómo ha sido la ejecución de los dineros que integran el presupuesto del Estado. Pero además hacen posible examinar si se han cumplido los fines perseguidos con la celebración del contrato, significando ello que con la liquidación, no solo se busca la protección de intereses subjetivos de las partes del negocio, es decir la formalización del cierre de su status obligacional y de las acreencias mutuas, sino también de mayor objetividad en el ejercicio de la función administrativa asociada al contrato, lo que se traduce en la posibilidad que la liquidación brinda, de que la síntesis y los recursos y propósitos implicados en el contrato se plasme en un documento que evidencie la manera como se adelantaron las gestiones contractuales y el cierre de los negocios celebrados.”* **Ibidem**, p. 112.

⁴⁹ **Ibidem**.

Se considera, que allí, las partes hubieran pudiendo aprovechar el escenario para conciliar todas aquellas diferencias existentes o realizar todos aquellos reconocimientos a que hubiere lugar, pues la liquidación del contrato total o parcialmente, es el espacio y el contexto perfecto para que las partes ajusten el equilibrio económico del contrato y se declaren a paz y salvo, como hubiera podido ser dentro del caso objeto de análisis.

A su vez, hoy es claro que el control fiscal debe abarcar los resultados obtenidos con la utilización de recursos de acuerdo con el grado de realización de los objetivos trazados, es decir, que el ejercicio del control debe ser realizado con posterioridad a la finalización y liquidación de los contratos estatales y no, un ejercicio previo y casi que automático de la posible ejecución contractual, como consideramos fue realizado en el caso concreto, más aún, tratándose de un periodo de “transición” como lo denominaron las partes⁵⁰.

Ahora bien, lo contrario sería, y como al parecer ocurrió en el caso concreto, es una especie de “coadministración”, entre una entidad del Estado y la Contraloría General de la República, donde además, se considera que el órgano de control se extralimitó en sus funciones, puesto que fue mucho más allá de lo permitido, no concediendo el espacio respectivo para el ajuste final de cuentas, autorizado en la Ley; sumado a la sanción a quien desde nuestro punto de vista no debería ser calificado técnicamente como gestor fiscal, (tema que abordaremos más adelante), obligando con la sanción, a la modificación subsiguiente del contrato, so pena de declaratoria de caducidad del mismo.

⁵⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia C- 967 de 21 de noviembre de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio.

En este contexto, cabe destacar que antes de que la Corte Constitucional en la Sentencia C-103 de 2015 declarara inexecutable la “función de advertencia”,⁵¹ se le tenía permitido a la Contraloría General de la República el ejercicio de dicha función, como un mecanismo para intervenir en casos excepcionales, de tal manera que se evitara que el Estado incurriera en detrimentos patrimoniales. En ese sentido, dicha función de control, además, no tenía carácter obligatorio en ninguna circunstancia⁵² y permitía a la CGR “advertir sobre operaciones o procesos en ejecución para prever graves riesgos que comprometieran el patrimonio público y ejercer el control posterior sobre los hechos así identificados”, control que se recalca, de todas formas era posterior y no anterior, ni concomitante a las decisiones de la Administración.

Lo anterior, sumado a que dentro de las razones expuestas por la Corte Constitucional para la declaratoria de inexecutable de la norma ya señalada, se mencionó que la función de advertencia constituía un control fiscal previo, lo que fue prohibido por la Constitución de 1991, que estatuyó que el control de la CGR debería ser posterior, para evitar la coadministración⁵³.

Según la Corte, la función ya señalada configuraba una modalidad de control previo, ya que por definición dicha función era ejercida antes de que se adoptaran

⁵¹ La Corte Constitucional declaró inexecutable el numeral 7 del artículo 5º del Decreto 267 de 2000, “*Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República, se establece su estructura orgánica, se fijan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”. **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**. Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵² Fue utilizado por la Contraloría previa a la venta de Telecom o en el caso del Túnel de la Línea. <https://elnuevosiglo.com.co/articulos/3-2015-contraloria-no-podra-hacer-funcion-de-advertencia>

⁵³ En concepto del 6 de octubre de 2014, quien era el Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, solicitó a la Corte declarar executable la Función de Advertencia. La demanda contra la norma que creó la Función de Advertencia de la CGR fue presentada por la jurista Marcela Monroy el 25 de julio de 2014, fecha en la cual no había tomado posesión de su cargo el Contralor General de la República de la fecha Edgardo Maya Villazón, quien el 21 de agosto del 2015 confirma fallo de responsabilidad fiscal contra Pordeco S.A. con fundamento en la configuración de los elementos previstos en el artículo 53 de la Ley 610 del 2000.

todas las decisiones administrativas y concluyeran los procesos que luego (como lo reconocía la propia norma) también serían objeto de control posterior”⁵⁴.

Adicional a lo anterior, en la Sentencia C-967 de 2012, la Corte Constitucional recordó que la Carta de 1991 eliminó el control previo a cargo de la CGR para dar paso a un esquema básico de revisión posterior y selectivo centrado en el control financiero, de gestión y de resultados, y enseguida dejó claro que:

“Coherente con ese modelo, el artículo 65 del estatuto de contratación asignó el control previo administrativo a las oficinas de control interno de cada entidad,⁵⁵ mientras que la intervención de los organismos autónomos a cargo de velar por la gestión fiscal se ejerce con posterioridad –sin perjuicio del control de advertencia que es expresión del principio de colaboración armónica, en la medida en que apunte al cumplimiento de los

⁵⁴ La decisión de inexecutable tuvo el salvamento de voto de los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, que consideraron que el precepto acusado era executable, dado que existía una correcta orientación jurisprudencial sobre la Función de Advertencia de la CGR en la sentencia C-967 de 2012, que tuvo ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio. En su salvamento de voto, los magistrados señalaron que la Sentencia C-967 de 2012 había orientado una jurisprudencia acertada de la Corte en relación con la Función de advertencia de la CGR, pues en la misma se parte de un entendimiento amplio e integral de la función de vigilancia y control fiscal de la Contraloría, y se entiende la Función de Advertencia como legítima y válida desde el punto de vista constitucional. Señalaron los dos magistrados que la facultad de advertencia de la Contraloría sobre operaciones o procesos en ejecución es conforme a la Constitución por cuanto no constituye una modalidad de control, ni por tanto un control previo, toda vez que no implica una intervención o interferencia en la administración y no tiene un carácter vinculante, de manera que no contraviene el modelo de control fiscal previsto por la Carta de 1991. Sostuvieron, además, que no se trata tampoco de una modalidad de coadministración, por cuanto la Contraloría no efectúa indicaciones sobre la manera en que debe ejecutarse el gasto público. En su parecer, se trata de una función de carácter excepcional, derivada del principio de colaboración armónica del Estado y que cumple finalidades constitucionales legítimas, por lo que la Corte no debió hacer una interpretación restrictiva de la Función de Advertencia.

⁵⁵ ARTÍCULO 65. Ley 80 de 1993 DE LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES QUE EJERCEN CONTROL FISCAL. La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales. Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. El control previo administrativo de los contratos les corresponde a las oficinas de control interno.

Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

fines y principios constitucionales, siempre que no implique una suerte de coadministración o injerencia indebida en el ejercicio de las funciones de las demás autoridades”.

En conclusión, consideramos que los argumentos esbozados por la Contraloría General de la Nación, en relación con el debate de la liquidación del contrato son realmente discutibles y no atendieron a la inminencia de la demanda internacional que podría conllevar al Estado al escenario arbitral. Con lo anterior no queremos de ninguna manera, deslegitimar la función constitucional que cumple la CGR, ni mucho menos el sentido del control fiscal, pues estamos de acuerdo que se trata de una función que busca la satisfacción de los principios del estado social de derecho, en especial, el relativo a la protección del interés general, a través de una buena gestión de los recursos públicos.

No obstante, si consideramos que se trata de una situación de imprudencia cometida por parte del órgano de control, pues no parece haber considerado la posibilidad de hacer un análisis de los compromisos internacionales aceptados por Colombia en materia de protección a las inversiones extranjeras, con el fin de poder determinar si el cumplimiento de la función, en los términos propuestos en el proceso, podían conllevar al Estado a un escenario de solución de controversias internacionales.

- La calidad de gestor fiscal

Ahora bien, por otra parte es preciso referirse también a uno de los puntos que consideramos más controversiales del caso de análisis. Nos referimos a la calificación de Prodeco como gestor fiscal. Primero que todo, debe señalarse que la argumentación cimentada por parte de la Contraloría General de la República se encuentra sustentada exclusivamente, a nuestro parecer, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sin importar que dicha situación podía suponer como lo había mencionado Prodeco en sus alegatos, una violación al trato justo y equitativo, principio que está plenamente reconocido en el tratado bilateral de

inversión que cobija a la empresa, junto con una contradicción, a todas luces, de lo establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969⁵⁶.

Sobre el particular, de entrada queremos dejar por sentado que consideramos que la CGR comete un error en sus consideraciones y, por ende, en la toma de decisión del proceso. Así pues, para nosotros Prodeco no debería ser sujeto pasivo de la acción fiscal, ni siquiera “con ocasión” de adelantar actividades relacionadas a la gestión fiscal, ello, aunado a las siguientes razones:

El artículo 3 de la Ley 610 de 2000 establece:

*“Gestión fiscal. Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado **que manejen o administren recursos o fondos públicos**, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”*

El artículo 4 de la Ley 610 de 2000 establece:

*“Objeto de la responsabilidad fiscal. La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público **como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal** mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de*

⁵⁶ “Artículo 27. El Derecho Interno y la Observancia de los Tratados:

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.”

Si el objeto de la responsabilidad fiscal comprende la vigilancia, el manejo y la administración de los bienes y recursos públicos, a los organismos de control, específicamente, a la Contraloría General de la República, le corresponde investigar e imputar cargos y derivar responsabilidades **en cabeza de quienes tienen el manejo de tales bienes**, o quienes con ocasión de su gestión fiscal, pudiendo clasificarse como gestores fiscales, causen daño al erario público por su acción u omisión tanto en forma dolosa como culposa. Es decir, que la gestión fiscal es a la responsabilidad fiscal lo que la cualificación del sujeto activo es a la tipicidad en el derecho penal, donde nadie puede hallarse responsable fiscalmente, si efectivamente no ejerce acción fiscal, esta noción, cumple entonces una función restrictiva o limitadora de la competencia constitucional y legal de las Contralorías en la determinación de este tipo de responsabilidad⁵⁷.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-435 de 2001), los fondos públicos son los recursos o bienes materiales o inmateriales que se poseen o se perciben en virtud de la soberanía impositiva del Estado, esta clasificación, no dependerá de la integración del recurso al presupuesto de rentas, vale decir, al cumplimiento del principio presupuestal de unidad de caja, ni tampoco, dependen de la naturaleza pública o privada de la persona que los administra, pero si será relevante la calidad de gestor fiscal, pues para adquirir esa calidad, es necesario un título jurídico habilitante, que expresamente le haya atribuido la potestad administrativa de gestionar bienes o fondos públicos. Lo anterior como esencia del principio de legalidad administrativa y seguridad jurídica⁵⁸.

⁵⁷ **FAJARDO-PEÑA, Santiago.** “La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 18, 2017, p.330. (En línea). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5014/6002>

⁵⁸ *Ibidem*, p.333.

La delegación de funciones administrativas a particulares, incluyendo contratistas concesionarios del Estado, se aborda en su mayoría desde la descentralización por colaboración y como consecuencia, el ejercicio de funciones administrativas por parte de particulares debe estar precedido de un acto administrativo o una ley habilitante, como sucede con las Cámaras de Comercio o los mismos Curadores Urbanos, no pudiendo partir de una conexidad implícita o una interpretación aparente de la jurisprudencia o de la ley, como ocurrió en el caso concreto objeto de análisis⁵⁹.

No obstante lo anterior, estos dos no son los únicos títulos jurídicos habilitantes para que un particular quede investido de la facultad de ejercicio de la gestión fiscal, puesto que el contrato estatal, como negocio jurídico, aunque no pareciera equipararse, la Corte Constitucional ha admitido que este instrumento sea de manera excepcional una de las herramientas para atribuir competencias a particulares con la facultad de ejercer gestión de tipo fiscal. Así lo estableció en la sentencia C-563-1998, donde afirmó:

“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública.

Lo anterior es evidente, si se observa que el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica, se reduce a construir o

⁵⁹ **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.** Sentencia C-909 de 31 de octubre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

reparar la obra pública que requiere el ente estatal para alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

*En las circunstancias descritas, el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, **pero no en un delegatario o depositario de sus funciones.***⁶⁰

Por su parte, el Consejo de Estado en fallo de noviembre de 2015, frente a lo pertinente mencionó:

*“No pueden hacerse juicios generalizados como lo hizo el apelante, en el sentido de que siempre que un particular suscriba un contrato estatal- que per se debe involucrar la ejecución de recursos de lo contrario no tendría esa condición-, por este solo hecho, el particular desplegó gestión fiscal y por ende estaría incurso en este tipo de responsabilidad. Lo anterior, por cuanto para que tenga acogida esta afirmación, se debe mirar cada caso particular que manejó o administró bienes o recursos públicos, se desempeñó como gestor fiscal.”*⁶¹

De lo anterior, puede establecerse que dependerá del caso en concreto y el análisis del mismo, el si un contratista del Estado cumple o no el papel de gestor fiscal. Esto se deberá determinar conforme al objeto contractual y si el particular ha asumido a través de la ley o de un acto administrativo, la facultad de manejar o administrar recursos públicos. En ese sentido, consideramos que la calidad de

⁶⁰ **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA.** Concepto jurídico radicado N° 20166000074771 (En línea), Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77352> Citar este concepto de Función Pública. Fecha de Consulta: julio 2019.

⁶¹ **CONSEJO DE ESTADO.** Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, Bogotá, D.C., doce (12) de noviembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 05001-23-31-000-2004-01667-01 Actor: SOCIEDAD BAAN COLOMBIA LTDA, Demandado: CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA.

estos recursos es pública, siempre y cuando entren como un activo patrimonial del Estado. No obstante, cuando dichos recursos son el resultado de una transacción entre las partes, consideramos que el contratista no podrá ser perseguido fiscalmente, por la simple razón de la ausencia de gestión de recursos públicos, como en el caso concreto que hemos analizado, donde, es posible suponer la existencia de recursos privados.

En ese sentido, debe mencionarse que la doctrina ha establecido que la sumas de dinero que se entregan a los contratistas como contraprestación de sus servicios o aquellas que se entregan a título de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, en manera alguna encuentran dentro del concepto de manejo de recursos oficiales, lo que en consecuencia, derivaría en la imposibilidad de perseguir fiscalmente por esos conceptos⁶².

En atención a lo que precede, el caso concreto de análisis encuadra en la situación mencionada, porque, por un lado, el dinero nunca salió del erario público, todo lo contrario, pues realmente lo que ocurrió fue que nunca ingresó y, dicha situación no obedeció a una acción unilateral del inversionista, sino a partir de un acuerdo autónomo entre las partes, sin olvidar que, además, Prodeco reiteradamente había solicitado el restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Así las cosas, todo lo anterior nos permite concluir que ni siquiera bastando con la disponibilidad material del recurso público, Prodeco en calidad de contratista, adquiriría el título de gestor fiscal, sumado a que es necesario que el éste, tenga la disponibilidad desde el punto de vista jurídico, cosa que tampoco ocurrió, porque el mismo contrato estatal no tenía por objeto la delegación de la función administrativa de ejercer la gestión fiscal.

⁶² **DAVILA, Luis Guillermo.** Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993, Bogotá: Legis, 2.ª ed., 2003, p. 587.

En suma, para nosotros la Contraloría comete un error al afirmar para el caso en concreto, que la responsabilidad fiscal se configura en todo contrato o proyecto por el hecho de que este involucre recursos públicos, teniendo en cuenta que Prodeco debió ser visto, simplemente, como un colaborador del Estado. En ese sentido consideramos que, lo que se esperaría de la Contraloría General de la Nación en el caso concreto, debió ser la verificación previa de si el contratista ejerció o no la gestión fiscal y no como ocurrió en el asunto analizado, donde lo que el organismo de control estableció fue una gestión fiscal, a partir de una conexidad “con ocasión” de la gestión misma, soportando su línea argumentativa únicamente en jurisprudencia constitucional.

Adicional a lo anterior, consideramos que el objeto del contrato suscrito por las partes, en ningún momento constituyó la transferencia de funciones de gestión fiscal, de tal manera que pudiese reconocerse el ejercicio de dicha función. Por el contrario, lo que se observa es que el contrato suscrito se agota con la ejecución material de las actividades específicas y de ninguna manera, al contratista se le debe modificar su naturaleza jurídica por ser colaborador del Estado o, por participar en la modificación contractual en su calidad de cocontratante. Incluso, dicha calidad de gestor fiscal, creemos que tampoco puede derivarse de la ejecución de actividades propias del objeto contractual, pues desde nuestro punto de vista, esa condición no lo hace un delegatario o depositario de funciones que deben considerarse públicas.

Todo lo anterior, para ratificar que la gestión fiscal de los contratistas del Estado es excepcional, ya que la ejecución o gestión de recursos públicos no puede confundirse con la función administrativa de gestionar recursos o fondos del Estado. Y para que el contratista adquiriera esa condición, éste debe manejar recursos públicos, no privados, recursos que en el caso concreto no ingresaron al erario del Estado en razón a la modificación contractual, razón por la cual, se considera que no tuvieron la connotación de ser estatales.

Ahora bien, en gracia de discusión, si pudiésemos asumir que en virtud de la disminución de las regalías pactada por las partes, el contratista Prodeco obtuvo un beneficio económico y que el mismo puede generar una ruptura del equilibrio económico o financiero del contrato en contra de la entidad estatal, lo cierto es que ese hecho no tiene la virtualidad de hacer fiscalmente responsable al contratista Prodeco por el favorecimiento económico que experimenta, pues en dado caso, existen otro tipo de acciones en el ordenamiento jurídico interno, que permitirían la corrección de dicha situación y que posiblemente cambiarían sustancialmente la controversia entre las partes.

En el escenario recién expuesto, Prodeco no comprometería su responsabilidad fiscal por dos razones que ya hemos reiterado, la primera, porque esa actuación no envuelve actos propios de la gestión fiscal como lo hemos señalado anteriormente y, la segunda, porque el daño antijurídico que experimenta el Estado a través de la entidad pública, que más que una lesión a los intereses patrimoniales constituye, si fuera el caso y como máximo, una ruptura del equilibrio económico del contrato a favor del Estado, pues se trataba de una ejecución de tracto sucesivo y no de un daño de naturaleza fiscal, no debiendo el contratista resarcir dicho posible daño mediante la vía del procedimiento fiscal, sino a través de un proceso de responsabilidad contractual, si ese fuera el caso.

Para nosotros, reiteramos, no hay gestión fiscal por parte de Prodeco dentro del caso concreto, pues los recaudos de regalías a título de pago no entraron efectivamente al erario, no adquiriendo ni siquiera la calidad de fondos públicos, especialmente porque así fue pactado a través del Otrosí modificatorio N° 8.

Pero hay más, aun asumiendo que la modificación del contrato ya citada, generara un beneficio económico a la empresa Prodeco y, a su vez, habiendo una alteración del equilibrio económico del contrato, lo cierto es que no es un daño reparable vía proceso de responsabilidad fiscal y no puede haber un daño patrimonial al Estado, en el sentido del artículo 6 de la Ley 610 de 2000, pues al

materializarse un beneficio económico, ese no es, desde nuestro punto de vista, un hecho que genere disminución o pérdida de bienes o recursos. Así pues, en tratándose de un “posible” hecho que altere el equilibrio económico del contrato derivado de una “utilidad adicional”, su restablecimiento es un asunto de competencia exclusiva y excluyente del juez contencioso administrativo, es decir, el juez del contrato, y no de los entes de control fiscal, pues realizar una maniobra jurídica como la mencionada, podría suponer un trato injusto e inequitativo con la empresa, lo que a su vez, puede constituir un hecho ilícito internacional en cabeza del Estado colombiano.

La mejor prueba de lo anterior, es la duplicidad de procesos, y la consecuente doble sanción que se generaría sobre el mismo hecho, puesto que la misma entidad pública podría realizar una reclamación a través del medio de control de controversias contractuales, para de esta manera obligar a Prodeco a reintegrar el monto del beneficio financiero y así, restablecer el desequilibrio contractual, y la Contraloría, por su parte, sancionar con responsabilidad fiscalmente a través de una condena que ordena el pago de la suma señalada, como ocurrió en el caso objeto de análisis.

Finalmente, todo lo anterior nos permite concluir que el proceder del Estado colombiano ante la situación estudiada, si bien no supone un ejercicio ilegal o ilegítimo de las potestades del poder público a la luz del derecho nacional, sí podría ser visto, como efectivamente lo fue, como un hecho generador de responsabilidad internacional al constituir una violación de una obligación internacional atribuible a la República de Colombia. En ese sentido, cabe recalcar que en pro de la prevención de materializar más circunstancias homólogas a la del caso de análisis, es de suma importancia que en el desarrollo y cumplimiento de las funciones del Estado atribuidas por el derecho nacional y fundamentadas en la soberanía nacional, se tenga presente la necesidad de interpretar de manera armónica el derecho colombiano con los compromisos internacionales aceptados por Colombia.

CAPÍTULO 2

Aproximación al régimen de los tratados internacionales de inversión y sus implicaciones en el desarrollo de las potestades del poder público

En la actualidad el derecho internacional de las inversiones, atraviesa por una etapa de desarrollo importante. Lo anterior se debe, en gran parte, a un número considerable de normas internacionales (principalmente tratados) que garantizan su promoción y protección, las cuales se encuentran acompañadas del desarrollo particular de mecanismos de solución de controversias y de la amplia gama de decisiones arbitrales que poco a poco van aumentando.

Adicionalmente, debe decirse desde ya, que los instrumentos internacionales que constituyen este régimen de tratados, se caracterizan por un solo objetivo: la defensa de la propiedad y la protección de los derechos reconocidos a los titulares de las inversiones internacionales contra toda forma de interferencia excesiva o ilegítima por parte de los Estados, quienes a su vez y desde una perspectiva económica, se beneficiarían con la llegada de la inversión.

Lo que precede, determinado específicamente por una “competencia” si así podría calificarse, entre las economías de países emergentes por la atracción de flujo de capitales, donde en el marco de la competencia misma, los estados han otorgado derechos a inversionistas privados, con el ánimo de hacerse atractivos en comparación con otros Estados emergentes que podrían ser también anfitriones.

Teniendo en cuenta las prerrogativas antes señaladas, los Estados han otorgado seguridad jurídica mediante la celebración de tratados de protección a inversiones, donde se han establecido diferentes cláusulas de protección económica, que sin lugar a dudas, reducen los riesgos inherentes de realizar inversiones en mercados fuera de los locales⁶³.

⁶³ Esto específicamente porque antes de que ingrese la inversión, se realiza un análisis de los tipos de riesgos, entre ellos, aquellos de tipo político y económico, ello, se refiere a un análisis puntual y previo de la situación tanto jurídica y política, como financiera agregada o total de un país, y la medida en que dichas

Ahora bien, desde una perspectiva histórica debe decirse que a partir de la suscripción del primer tratado bilateral de inversión o BIT por sus siglas en inglés (Bilateral Investment Treaty) entre la República Federal Alemana y Paquistán en 1959, cientos de tratados de protección a las inversiones han sido suscritos entre múltiples Estados, a un ritmo que ha crecido de manera exponencial, al punto que en la actualidad se cuenta con un aproximado de tres mil tratados bilaterales de inversión⁶⁴, más todos los capítulos de inversión que puedan incluirse en los tratados de libre comercio.

Pese al gran número de tratados internacionales en la materia que podemos constatar en la actualidad, lo cierto es que inicialmente el inversionista extranjero normalmente no contaba con instrumentos de protección directa, en tanto que se encontraba sometido, la gran mayoría de las veces, a las potestades internas de cada Estado receptor y, en el caso de un litigio, aquel permanecía en una posición de desventaja ya que el inversionista extranjero, solo tenía dos opciones para denunciar la controversia:

1. Demandar el Estado ante las instancias judiciales locales, cuyo régimen jurídico privilegiaba siempre el interés nacional y no tomaba en cuenta el derecho extranjero a la hora de hacer interpretaciones o análisis de tipo jurídico.
2. Cada inversionista podía solicitar la protección diplomática a su Estado nacional, pero esta opción suponía el agotamiento previo de los recursos

condiciones afectan la habilidad de un Estado para pagar sus deudas. Lo anterior, de tal manera que se calcula el riesgo país, donde deben considerarse factores de tipo político (cualitativo) como financieros o económicos (cuantitativo). Dentro de los factores cualitativos encontramos el nacionalismo extremo, las condiciones sociales de situaciones de extrema pobreza, violencia, seguridad jurídica etc.; y dentro de los cuantitativos se revisan aquellos relacionados a deuda externa en fracción de producto interno bruto, indicadores de exportaciones, el porcentaje anual de crecimiento económico, este último como un indicador de las condiciones económicas generales de una economía. Y la Relevancia del análisis riesgo país en el contexto de la inversión es su influencia sobre su retorno, puesto que para que la inversión exista esta debe justificarse, lo que exige un retorno adecuado, en donde se toma en cuenta el riesgo, el cual incluye los cálculos de riesgo país. **GONZALEZ DE COSSIO. Francisco.** Arbitraje de Inversión. Editorial Porrúa. México. 2009, p. 2-5.

⁶⁴ Este dato ha sido tomado de la página web de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés). <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>

internos, siempre acompañada de la voluntad del Estado de la nacionalidad del inversionista (la cual es completamente discrecional) para finalmente, proceder al traslado de un litigio entre un particular y un Estado a un escenario entre Estados, donde de resultar beneficiado, la indemnización era obtenida o trasladada al Estado y no al inversor⁶⁵.

Posteriormente, aparecería el arbitraje internacional de inversiones como una posible solución a estos grandes inconvenientes, desarrollándose en diferentes etapas. Esta circunstancia tuvo inicio con la Convención de Nueva York de 1958 y la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), acompañado del nacimiento de los tratados bilaterales de inversión (TBI), los cuales se incrementaron después de los años noventa⁶⁶. Estos tribunales hoy pueden dictar laudos arbitrales, donde el dispositivo consagra indemnizaciones para los inversores afectados, y en la mayoría de los casos dichas compensaciones incluyen el lucro cesante, es decir, los beneficios que el inversor calcula que ha dejado de obtener debido a cualquiera de las medidas nacionales impulsadas por el país demandado.

Así pasaríamos a una segunda etapa, donde poco a poco varias de las economías emergentes en el mundo y en América Latina en particular, encontrarían en la inversión extranjera una herramienta capaz de contribuir de manera importante al crecimiento económico⁶⁷. En consecuencia, muchos estados decidieron modificar

⁶⁵ Ver Corte Internacional de justicia. Caso Barcelona Traction Light And Power Company Limited, España Vs Bélgica (1970) .

⁶⁶ Vale la pena destacar que los Estados latinoamericanos se caracterizaron en los últimos veinte años por encaminar un proceso de liberalización de sus economías con el fin de conformarse a los compromisos firmados en el Consenso de Washington, por lo que la privatización de los servicios públicos y la concesión a inversionistas extranjeros de la exploración y explotación de los recursos naturales serán fenómenos comunes para la región. **MARTÍNEZ RANGE, Rubí.** *El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina.* En línea, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422012000100003, fecha de consulta: (Marzo 20 de 2019)

⁶⁷ La inversión extranjera involucra la transferencia de activos de un país a otro, tangibles o intangibles con la finalidad de que los mismos sean usados en el Estado Anfitrión para generar riqueza bajo el control total o parcial del propietario de los activos. Invertir implica la renuncia de un gasto presente para la obtención de un retorno futuro, y los tipos de inversión pueden ser clasificados en directa o indirecta. La Convención CIADI menciona en su preámbulo, la estrecha relación entre la promoción de las inversiones extranjeras y el

y adaptar sus legislaciones para atraer la inversión extranjera a su territorio, sin importar que esto implicara una flexibilización del ordenamiento jurídico interno y el consecuente otorgamiento de beneficios al inversionista con el objeto de promover y proteger su participación en los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones y la consecuente aceptación de mecanismos de solución de controversias, constituyendo estos los aspectos esenciales para asegurar la presencia de las inversiones extranjeras⁶⁸.

Ahora bien, la preocupación que puede surgir a partir de la aceptación de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones, se deriva de las cláusulas que normalmente allí se pactan, puesto que se debe tener en cuenta que dichos tratados no obedecen a los vínculos convencionales típicos, donde existen obligaciones y derechos para los estados firmantes, sino que en dichos acuerdos se establecen de manera expresa y clara derechos de manera exclusiva

desarrollo económico. **GONZALEZ DE COSSIO. Francisco.** Arbitraje de Inversión. Editorial Porrúa. México. 2009, p. 2-5.

⁶⁸ Se debe resaltar la existencia de motivos de tipo económico por los que el capital fluye a diferentes mercados, dentro de ellos se pueden destacar:

- La diversificación de riesgos: Los cuales se ven reducidos con la penetración internacional de las inversiones en otros mercados, puesto que en la medida en que el portafolio de un inversionista se expanda ello hace que los flujos internacionales crezcan.
- Búsqueda de Recursos: Entre ellos naturales y materias primas a bajo costo.
- Transferencia de tecnología: Implica la reducción de costos en comparación con otros competidores en el mercado, posibilitando la introducción de nuevos productos en mercados aún no ocupados por tecnologías específicas.
- Economías de Ámbito: Estas se dan específicamente cuando por ejemplo el costo fijo de producir "A" puede sufragar el costo fijo de producir "B", ello, evita la duplicidad de costos inevitables en diferentes líneas de producción, que como resultado, logran se distribuya un costo fijo en múltiples productos, reduciendo de manera consecuente su costo medio. (Dentro de estos costos fijos redistribuibles se encuentran: gastos corporativos, administrativos, legales, de planta o por producto.)
- Ventajas competitivas: Estas se dan por ejemplo cuando la inversión no requiere de una mano de obra cualificada, y al ubicarse en un país con mano de obra barata, se puede propiciar una importante reducción de costos, ubicando la inversión en un lugar que da valor agregado y como consecuencia hace que se incrementen las ganancias de la operación en su totalidad. Si se observa desde el estado anfitrión, esta situación es un factor generador de empleo.)
- Ventajas Geográficas: Una ventaja de este tipo puede ser la posibilidad de evitar un arancel sobre el producto que se desea comercializar en un determinado país anfitrión, sumado a que el producto creado y fabricado de manera local no genera impuestos de importación.
- Apropiación: Esta situación se da cuando el agente económico se apropia del mercado extranjero antes de que competidores puedan copiar su tecnología llevando a cabo la producción y distribución del producto. De esta manera el agente económico utiliza la inversión extranjera para integrarse a otros mercados y defenderse de la competencia de rivales.

GONZALEZ DE COSSIO. Francisco. Arbitraje de Inversión. Editorial Porrúa. México. 2009, p. 2-5.

para los inversionistas, así como obligaciones para los estados. Lo que quiere decir, que los estados solamente aumentan sus catálogos obligaciones con dichos tratados, bajo la expectativa de recibir más inversión.

En ese sentido, es importante determinar el contenido tradicional de dichos tratados, para comprender la magnitud de las obligaciones aceptadas por los estados y sus posibles consecuencias. Así pues, se incluyen comúnmente reglas que determinan la conformidad del régimen jurídico ofrecido por el Estado con la garantía y protección de las inversiones, donde se incluyen cláusulas generales dentro de las que podemos destacar las siguientes:

Cláusula de apertura sectorial:

Esta cláusula normalmente determina que, en sectores específicos y limitativamente identificados, la inversión extranjera pueda participar sin límite de porcentaje y, adicionalmente sin necesidad de autorización previa.

Cláusula de trato a la inversión:

Esta garantía tiene importancia trascendental a la hora de brindar seguridad jurídica a la inversión extranjera y puede ser abordada de diferentes formas entre ellas las siguientes:

1. Principio de Trato Nacional

Esta garantía normalmente establece que ninguno de los estados parte podrá otorgar a la inversión extranjera un trato menos favorable del que otorga a sus propios inversionistas. En otras palabras, el país anfitrión de una inversión no discriminará contra esta en razón a su origen.

En ese sentido, lo que determina esta medida de protección es que los inversionistas extranjeros y sus inversiones se beneficien de un trato no menos favorable que aquel acordado a los inversionistas y/o inversiones nacionales.

2. Trato de Nación más Favorecida

Esta cláusula implica que los estados partes deben proporcionarle a los inversionistas y a sus inversiones un trato igualmente favorable que aquel acordado a los inversionistas e inversiones provenientes de un tercer Estado.

Es decir, es la obligación de hacer extensivo a los estados parte, los beneficios que cualquiera de las partes otorgue a inversionistas ajenos al tratado.

Este principio sin lugar a dudas constituye un pilar del derecho económico internacional y, ha sido utilizado para fomentar la liberalización del comercio internacional.

3. Trato mínimo, justo o equitativo⁶⁹

Este consiste en un trato acorde con el derecho internacional, como medida de protección y seguridad plena. En muchos casos, se le ha dado contenido a estos principios, donde se han incluido notas interpretativas en los mismos tratados, con el fin de precisar la obligación. No obstante, se trata de una cláusula abierta que genera mucha incertidumbre.

Frente a la naturaleza y los objetivos de esta cláusula, debe decirse que está dirigida a establecer un mínimo trato, así como llenar vacíos propiciados por estándares más específicos con la finalidad de darle un nivel al trato buscado por los tratados de protección a las inversiones⁷⁰.

Aunque los estándares de trato mínimo y trato justo pueden traslaparse, debe decirse que la presencia de una disposición que asegure un trato justo y equitativo

⁶⁹ La cláusula de trato justo y equitativo no tiene una definición unánime. Algunos APPRI desarrollan más el concepto que otros. Los tribunales arbitrales tampoco han presentado una interpretación homogénea de la cláusula. Para algunos, la violación de la cláusula de trato justo implica la denegación de justicia por parte de las instancias judiciales locales; en otros casos, un trato injusto e inequitativo puede corresponder a medidas administrativas que le generan un trato discriminatorio al inversionista o la violación de sus expectativas legítimas.

⁷⁰ Esta cláusula corresponde a aspectos de tipo reflectivo de lo que se considera un común denominador del derecho internacional, es decir, que este corresponde, y no es otra cosa que a un estándar mínimo internacional, entendido como el "trato mínimo" exigido por el derecho internacional consuetudinario, así como por la mayoría de tratados suscritos para la liberación, comercio y protección de las inversiones, sumado a que corresponde a una clausula distinta a aquella de trato justo. **GONZALEZ DE COSSIO, Francisco.** *Op. Cit.* , p. 139.

en un tratado de protección a la inversión no incorpora de manera automática el estándar de trato mínimo internacional⁷¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso señalar la existencia de varios factores a tener en cuenta a la hora de determinar el significado de tratar justa y equitativamente a un inversionista⁷²:

- Expectativas Legítimas⁷³
- Falta de debido proceso⁷⁴

⁷¹ Sumado a lo anterior, y en esencia mientras algunos asimilan como iguales estas cláusulas, hay otros que las diferencian y ello obedece a que existen argumentos interpretativos textuales y de finalidades que apoyan cada postura o noción de lo que es justo, de los que es mínimo, y de lo que es equitativo y los tribunales de arbitramento no pueden adoptar su propia postura o noción de lo que es justo, ello debe realizarse con base a una práctica estatal, judicial y arbitral, así como de más fuentes de derecho internacional. **GONZALEZ DE COSSIO. Francisco.** *Op. Cit.*, p.150.

⁷² Hay quienes sostienen que trato justo y equitativo es más amplio que trato mínimo, y hay quienes sostienen que trato mínimo debe interpretarse como una capacidad adicional de protección a los estándares ya existentes de protección o que incrementan el nivel de protección mediante la reducción del umbral a partir del cual se generaría responsabilidad, otros argumentan que la disposición simplemente busca reflejar la protección existente a la fecha bajo el derecho internacional. *Ibidem*, p. 150 -158

⁷³ Varios Laudos arbitrales han establecido frente a expectativas legítimas que estas han estado presentes como elementos clave del trato justo y equitativo, ello, en el marco de mantener un régimen estable y predecible respecto de las conductas estatales, puesto que una vez realizada la inversión la conducta debe corresponder a expectativas legítimas, de tal forma que la conducta sea justa y equitativa por parte del Estado. Lo anterior, se refiere a la creación de expectativas razonables y justificadas que permitan a los inversionistas actuar de conformidad con dichas conductas, las cuales involucran conceptos como el de actuar bajo la buena fe. Caso Thunderbird vs. México. *Ibidem*, p.157.

⁷⁴ Este criterio también es trascendental a la hora de determinar el significado de tratar justa y equitativamente a un inversionista y se refiere a la falta de debido proceso o a la violación del mismo, ligado a la denegación de justicia, en detrimento de los extranjeros, y se ha considerado como una causal violatoria del estándar de trato justo y equitativo, en el caso Tecmed vs. México el tribunal enfatizó que el inversionista tenía derecho a ser notificado y oído con respecto a la intención de la autoridad de no renovar su licencia. Lo anterior, porque el Estado, debe respetar los principios de la rectitud procesal, debido proceso, buena fe, y garantizar al inversionista y la inversión la libertad de defensa, así como la obtención de justicia, la violación de este último también constituirá un ilícito internacional, su obtención se encuentra amparada por el estándar de trato justo y equitativo. Respecto de esto último, el Harvard Draft ha definido la denegación de justicia, no sin antes aconsejar que una definición exacta no es posible ni recomendable y menciona que: *“Existe denegación de justicia cuando existe un impedimento o retraso injustificado, que incluye la obstrucción de acceso a tribunales, deficiencia grave en la administración del proceso judicial o de recursos, incumplimiento de brindar aquellas garantías que son generalmente consideradas indispensables para la apropiada administración de justicia o una sentencia manifiestamente injusta. Un error de un tribunal nacional que no produce una injusticia manifiesta no es denegación de justicia.”* Todo lo anterior para evidenciar que, si bien existen diversas definiciones nacionales del concepto, la correcta está más referida a la ausencia de debido proceso, o de activación de mecanismos auto correctivos en el sistema nacional, lo cual jamás será referido a la ausencia de debido proceso, ni será determinada por tribunales locales o nacionales, puesto que una afirmación de este tipo en dichas instancias

- Falta de Transparencia⁷⁵

Así pues, es preciso señalar que cualquier trato diferencial debe basarse en distinciones y solicitudes racionales, sumado a que debe estar justificado, donde pueda demostrarse que realmente existe una relación razonable con políticas también racionales, y no motivadas por una preferencia a otras inversiones sobre las inversiones o las propiedades de los extranjeros.

4. Requisitos de Desempeño

Esta cláusula normalmente se encuentra referida a condiciones de tipo económico que repercuten directamente en el accionar de una empresa. Por ejemplo en el Capítulo XI del TLCAN, los Estados parte se comprometieron a no imponer ni hacer cumplir ningún compromiso en relación con la inversión extranjera⁷⁶.

5. Cláusulas de protección y seguridad integrales:

Dicha cláusula implica la obligación para el Estado receptor de asegurar la protección de los inversionistas y de sus inversiones de todo perjuicio causado por los agentes del Estado o por particulares. El cumplimiento de la cláusula se traduce normalmente como la protección policial de los inversionistas y de sus bienes (*due diligence*).

6. Cláusulas relativas a la expropiación e indemnización

El derecho soberano de un Estado a “expropiar” normalmente no está proscrito, sino que se establecen lineamientos para el adecuado ejercicio del mismo, donde se debe acatar el principio de legalidad y de ser el caso, se realice mediante indemnización, la cual deberá ser igual al valor justo del mercado inmediatamente

es inconcebible, por ello, para percibirlo, es necesario que se observe desde afuera. Lo anterior, también siendo relevante en cuanto al agotamiento previo de recursos locales. *Ibidem*, p.160

⁷⁵ También y como violatoria del estándar de trato justo y equitativo, encontramos la falta de transparencia y su definición al igual que los demás factores tampoco es muy clara, pero está referida a cualquier tipo de trato diferencial de un inversor extranjero, el cual, no debe basarse en distinciones y solicitudes irracionales, y debe estar justificada a mostrar que tienen una relación razonable con políticas públicas racionales no motivadas por una preferencia a otras inversiones sobre las inversiones de propiedad de los extranjeros, implementando de buena fe políticas razonablemente justificadas, y que dichas conductas no violen requisitos de transparencia, imparcialidad y no discriminación. En el caso *Saluk vs. Republica Checa*. Laudo Parcial 307. **GONZALEZ DE COSSIO, Francisco**. *Op. Cit.*, p. 164

⁷⁶ *Ibidem*, p. 30

antes de la medida expropiatoria, en la moneda pactada, sin mora, y completamente liquidable.

Los BIT cuentan con varias cláusulas que protegen a los inversionistas contra la expropiación directa o indirecta. Estas normas implican para el Estado la obligación de otorgar una compensación plena, adecuada y efectiva frente a cualquier tipo de medida que genere la desposesión del inversionista.

De la misma manera, dichas restricciones involucran dificultades para proceder a realizar transferencias de la propiedad, ya que puede estar siendo calificada dicha operación como expropiación, nacionalización o como una medida equivalente y, en cualquier caso (independientemente de la calificación) obliga al pago de una compensación, pues constituye la configuración de un hecho ilícito internacional.^{77 78}

7. Transferencias

Los estados deben permitir la libre repatriación de utilidades derivadas o posiblemente generadas de los proyectos de inversión, sin la interposición de obstáculos o trámites adicionales.

8. Alta dirección empresarial y consejos de administración

El presente estándar está orientado a que los estados parte se abstengan de exigir directa o indirectamente, que, dentro de los puestos de alta dirección de las sociedades constituidas conforme a sus normas, sean nombradas personas de determinada nacionalidad, ni mucho menos personas especialmente designadas.

9. Mecanismo de solución de controversias

Esta sin lugar a dudas es hoy la garantía más importante contemplada en los acuerdos de protección a las inversiones, en la cual normalmente se determina que se someterá al arbitraje internacional la solución de las controversias que

⁷⁷ Algunos fallos que tratan estas situaciones no consideran comúnmente el objetivo invocado por el Estado al momento de calificar la legitimidad de la medida. Así mismo, aunque ciertas decisiones tienen en cuenta los motivos de interés y orden público que animan la actividad cuestionada del Estado en contra de la inversión, no los consideran como relevantes al momento de determinar de la suma adeudada a título compensatorio.

⁷⁸ Existe ilícito internacional cuando una acción o una omisión atribuible bajo derecho internacional a un Estado viola una obligación internacional.

puedan surgir en caso de que un inversionista considere que alguna de las garantías contempladas en el tratado no haya sido respetada por el estado receptor.

Estas reglas, reiteramos, han sido establecidas con el fin de mantener los compromisos de los estados en cuanto a seguridad y estabilidad de los ambientes jurídicos y económicos. Esto se traduce en abstenciones o limitaciones respecto al uso de las prerrogativas de poder público cuando estas generen una modificación en desventaja de los derechos o la supresión de las expectativas legítimas del inversor.

Ahora bien, como se puede observar, los diferentes aspectos que se protegen en las diferentes cláusulas suponen limitaciones al ejercicio de las potestades del poder público. De tal manera que el régimen jurídico de las inversiones toca directamente la soberanía de los estados y su ejecución a nivel contractual compromete ordinariamente las competencias regulatorias de los mismos. Esta situación, genera a su vez, y como ya lo mencionamos, conflictos que terminan en el desarrollo de numerosos litigios, que caen de manera exclusiva, dentro de las competencias de los mecanismos para la solución de las controversias relativas a inversiones.⁷⁹

Ahora bien, el fenómeno descrito en líneas precedentes, hoy constituye en nuestro país un tema delicado e importante, puesto que en términos económicos la historia demuestra que la inversión extranjera puede ser un aliado del desarrollo para un país, así como también puede resultar siendo un desastre del mismo, si no se maneja de la manera adecuada.

Para entender la importancia de los tratados de inversión, es conveniente tener en cuenta el trasfondo bajo el cual se celebran, puesto que no hay que perder de vista que los acuerdos de protección a las inversiones cambiaron el estatus de los

⁷⁹ De la misma forma, se evidencia respecto de contratos suscritos con inversionistas extranjeros donde los estados teniendo las posibilidades de hacer interpretaciones que limiten las cláusulas compromisorias, o las facultades de los tribunales de arbitramento en cuanto al derecho aplicable, dejan las mismas abiertas a interpretaciones tan amplias, que no terminan beneficiando a los intereses estatales.

inversionistas en los países anfitriones, otorgándoles el *ius standi* bajo el derecho internacional para que estos reclamen sus derechos ante un foro internacional, presuntamente, neutral, es decir, el arbitraje de inversión.

En el escenario de análisis que estamos abordando, el número de controversias ha venido aumentando, y algunas de las razones que se podrían esgrimir, obedecen a la vaguedad con la que están redactados la mayoría de los TBI, lo que tiene como resultado que, prácticamente, cualquier medida nacional que sea tomada e implementada en un Estado de recepción de una inversión, sea susceptible de demanda ante árbitros internacionales.

Por ejemplo, es muy difícil saber qué es a ciencia cierta un trato justo y equitativo para con el inversionista. Pues bien, dicha cláusula ha sido interpretada de manera muy amplia por los árbitros internacionales⁸⁰. Así, se puede interpretar que una regulación ambiental que afecte a una planta de residuos ha violado la cláusula de Trato Justo y Equitativo o una medida que busque paliar los efectos de una crisis económica nacional de un Estado. Pese a que algunos tratados de inversión incluyen salvaguardas que, en teoría, permiten a los países impulsar políticas necesarias para promover objetivos públicos legítimos, la dificultad surge de nuevo en la laxitud con la que se puede interpretar esa necesidad y esa legitimidad; ¿hasta qué punto es demostrable que cualquier legislación es necesaria y que un objetivo público es legítimo? Ello, nuevamente quedará a la interpretación de los árbitros designados para los casos concretos.⁸¹

Esto conecta con el tercero de los problemas de este tema, el cual se refiere a la falta de publicidad en la que se resuelven estos procesos. A diferencia de otros procedimientos jurisdiccionales, los procesos de arbitraje internacional suelen ocurrir a puerta cerrada y sin información para la sociedad civil, pese a que sean

⁸⁰ **PRIETO, Gustavo.** Trato justo y equitativo en el Derecho Internacional de las Inversiones. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Corporación Editorial Nacional, 2013, p.7-8.

⁸¹ **GARCÍA-AMADO, Luis Rico. KUCHARZ, Tom.** Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal. 2013. (En línea), disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148>,

políticas públicas las que están en juego⁸². La razón obedece a la confidencialidad pactada que, muchas veces, es aceptada por los estados, ya sea en las cláusulas compromisorias de los tratados o los contratos o, a los acuerdos posteriores que buscan que las controversias no sean de conocimiento público. Dicha falta de información en muchos casos, resulta contraria con la publicidad que rige, en gran medida, en los asuntos estatales que no se encuentran protegidos con reserva. Así pues, la confidencialidad, puede suponer la pérdida de información para la sociedad sobre la gestión de los intereses nacionales de una nación, en un escenario de solución de controversias donde puede llegar a ser condenado enormemente el Estado.

El cuarto de los problemas a destacar es la exclusividad con la que los inversores pueden denunciar a los Estados, es decir, son solamente los agentes privados quienes pueden acudir al órgano de solución de controversias internacionales, con el fin de reclamar los derechos y garantías consignadas en el TBI. Así pues, todos los inconvenientes derivados de las conductas de los inversores, como incumplimientos contractuales, violación de derechos humanos, afectaciones y daños ambientales, entre otros, deberán ser tramitados por la vía nacional, en caso de existir una acción judicial o administrativa para dichos efectos.

Por su parte, los inversionistas si se encuentran habilitados para incoar el mecanismo de solución de controversias internacionales en contra de los estados y, frente a la toma de decisión de iniciar o no un procedimiento, por supuesto, no se tendrán en cuenta los elevados costos en los que se deba incurrir, situación que, en cambio a los estados en desarrollo, si puede afectar fuertemente los

⁸² Además de que los árbitros cobran por caso, por lo que tienen enormes incentivos para promover el aumento de demandas. No en vano se calcula que el negocio del arbitraje mueve 8 millones de dólares por caso y las firmas de abogados pueden fácilmente cobrar 1.000 \$/hora, con ello se ha creado un voluminoso negocio del que forman parte una pequeña elite de firmas jurídicas de países del Norte en la que sus miembros funcionan como árbitros, abogados, asesores de multinacionales e impulsores de TBI, muchas veces en alternancia con la ocupación de cargos políticos, siendo un nuevo ejemplo de puertas giratorias. **RICO GARCÍA, Luis.** Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal, (En línea), Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148>, fecha de consulta agosto de 2019.

recursos nacionales. Lo anterior resulta mucho más preocupante, si tenemos en cuenta que el propio Banco Mundial reconoce que los TBI, *generan “una tremenda asimetría, ya que la mayoría de los flujos de IED [inversión extranjera directa] cubiertos por los TBI se dan, de hecho, en una sola dirección”*⁸³, y con seguridad, no es en favor de los estados del sur global.

Pues bien, como puede constatarse a partir de lo arriba señalado, son múltiples los inconvenientes que se van generando a partir de los escenarios internacionales de la inversión extranjera en su conjunto, sin por supuesto, demeritar los beneficios que a las naciones pueda traer un flujo importante de la misma en sus economías nacionales. Lo cierto, en todo caso, es que la realidad debe ser analizada a partir de los efectos que la inversión extranjera ha supuesto en un Estado como el colombiano y sus homólogos latinoamericanos, para comprender realmente los impactos de dicho fenómeno.

En ese sentido, es un hecho notorio que el arbitraje internacional de inversiones ha ido creciendo de manera importante. El primer caso de ello tuvo lugar en 1994, ligado al Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que incluía un capítulo de inversiones. Tres años más tarde el número de casos había ascendido a 19. En 2007 ya existían 250 litigios conocidos y en 2010 la cifra aumentaba a 390. Hoy por hoy, la cifra que nos proporciona la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) asciende a 983 controversias⁸⁴. Este crecimiento exponencial demuestra la importancia que el arbitraje de inversión ha ido adquiriendo con el paso de los años, multiplicando exponencialmente sus diversas consecuencias en detrimento de los estados⁸⁵.

Finalmente, consideramos posible afirmar que las consecuencias más profundas derivadas del derecho de inversiones, se materializan en la posibilidad de desafiar

⁸³ **HALLWARD-DRIEMEIER, Mary.** *Do Bilateral Investment Treaties attract FDI? Only a Bit.... and they could bite.* Banco Mundial, 2003.

⁸⁴ Dicha cifra se encuentra actualizada a julio de 2019. Para más información se puede consultar el siguiente enlace: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>

⁸⁵ **RICO GARCÍA, Luis.** *Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal,* (En línea), Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148>, fecha de consulta agosto de 2019.

las políticas públicas estatales, cuando estas interfieren con los beneficios de las empresas y asimismo, se podría resaltar la capacidad de lobby de las multinacionales para acceder a los procesos legislativos, en pro de garantizar una normatividad nacional más acorde con las necesidades de las inversiones. Así pues, podemos encontrar antecedentes preocupantes que muestran el calibre de la afirmación. Por ejemplo, en 2003 la República Checa fue condenada a pagar el equivalente al presupuesto entero de salud por revertir políticas de privatización de la misma⁸⁶. De igual manera, se destaca como la denuncia de Philip Morris a Uruguay, hizo que el Estado limitara y redujera las advertencias contra el tabaco antes de comenzar el arbitraje⁸⁷.

Ante este ataque frontal y directo a las democracias, algunos países, siguiendo el eco de las demandas de los movimientos sociales contra la globalización, han empezado a cuestionar la idoneidad de los BIT, por lo anterior, Bolivia anunció en 2010 que no aceptaría ninguna resolución del CIADI, Sudáfrica ha anunciado que no renovará ninguno de sus TBI y Ecuador lanzó una comisión para auditar todos dichos compromisos internacionales. Por su parte, Colombia no va en la misma línea y continua ampliando su catálogo de tratados bilaterales de inversión y ya contamos con un buen número el cual seguirá aumentando paulatinamente, sin que esto haya supuesto políticas públicas de capacitación general a funcionarios del estado que, directa o indirectamente, tengan contacto con dichas normas; se armonice el derecho nacional con los compromisos internacionales adquiridos ni; mucho menos, se desarrollen líneas de defensa jurídica preventiva y reactiva para la gestión de los intereses nacionales de cara a presentes y futuras controversias.

⁸⁶ **DESAI, Mihir; MOEL, Alberto.** *Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World.* Journal of Finance, 12, 2008, pp. 221-251.

⁸⁷ Curiosamente, fue un árbitro español, Juan Fernández Armesto, el que en un arrebato de sinceridad definió muy claramente el efecto de los TBI sobre el interés público: “nunca deja de sorprenderme que Estados soberanos hayan aceptado el arbitraje de inversiones [...] A tres particulares se les concede el poder de revisar, sin ningún tipo de restricción o procedimiento de apelación, todas las acciones del Gobierno, todas las decisiones de los tribunales y todas las leyes y reglamentos que emanan del Parlamento. **Observatorio de Multinacionales en América Latina – OMAL.** Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal, (En línea) Disponible en: http://omal.info/IMG/article_PDF/Tratados-bilaterales-de_a6148.pdf, Fecha de Consulta: Agosto de 2019.

2.1 PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

El advenimiento de la apertura económica y los procesos de globalización, así como las iniciativas que se enmarcan a partir de los postulados del *Consenso de Washington*, hacen que la inversión extranjera directa (IED) empiece a adquirir un rol protagónico en la economía global y el arbitraje internacional de inversión, se constituye en la herramienta jurídica que permitiría otorgarle protección y seguridad a los flujos de inversión en los diferentes países del mundo⁸⁸.

En dicho proceso de consolidación, se debe resaltar que el arbitraje internacional se desarrolla inicialmente como un mecanismo para la resolución de conflictos comerciales y es hacia 1950, cuando el arbitraje comercial llega a importante desarrollo y serviría como referente para la creación y consolidación del arbitraje internacional de inversiones⁸⁹. Así pues, en 1965 se firma la Convención de Washington y con ella se crea el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), en el seno del Banco Mundial, bajo una premisa o sofisma de aparente neutralidad y al margen de las circunstancias políticas. Dicha institución permitiría a los inversionistas demandar directamente a los estados cuando sus derechos e intereses fuesen vulnerados⁹⁰.

El número de casos registrados ante el CIADI ha presentado un aumento sustancial durante los últimos años, las estadísticas del Centro reflejan que entre 1972 y 1980 se habían presentado tan solo 9 casos, en el periodo comprendido

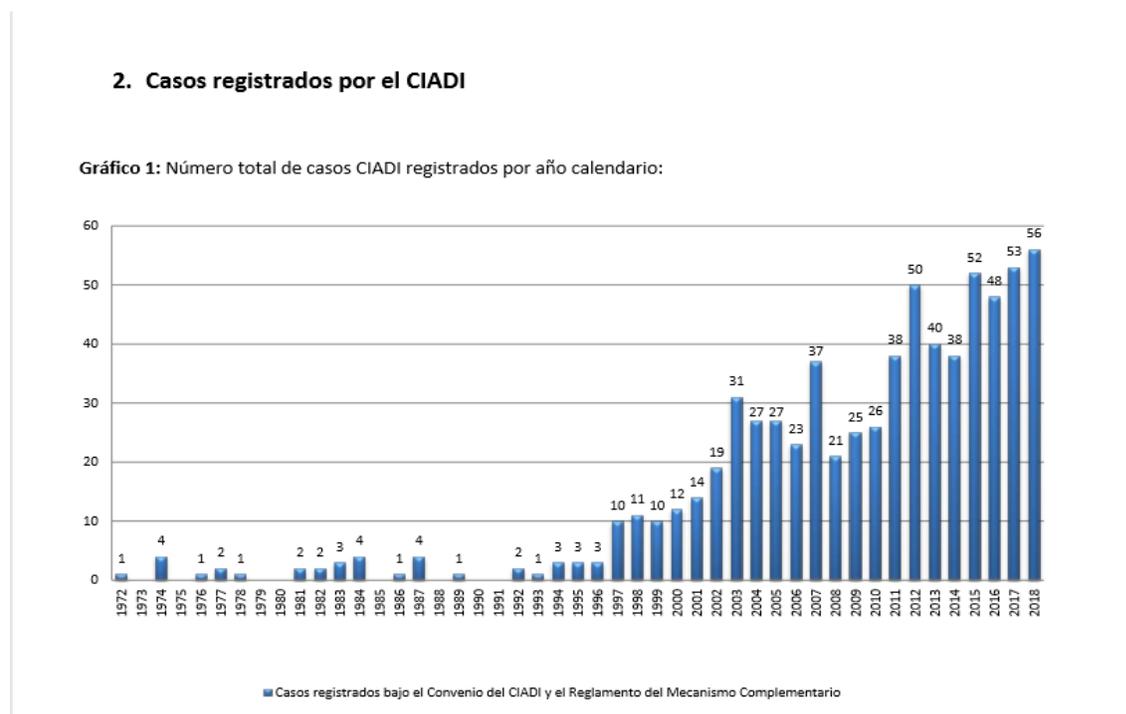
⁸⁸ **TAMBURINI, Francesco.** "Historia y destino de la doctrina Calvo ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n°24, Valparaíso, 2002.

⁸⁹ **ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela.** "Las características del arbitraje CIADI", *Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/der-echo-internacional/article/view/32/35>

⁹⁰ **RODRÍGUEZ BARRIOS, María Angélica & RODRÍGUEZ VARGAS, Juana Paola.** Acuerdos bilaterales para la protección de la inversión extranjera en países subdesarrollados. El caso colombiano. Bogotá, Universidad Javeriana, 2001. p.59.

entre 1981 y 1990 esta cifra incrementó a 17 controversias, desde 1991 hasta 2005 se dio un crecimiento exponencial con 173 casos registrados y desde 2006 hasta la fecha se han presentado 507 casos ante el sistema⁹¹.

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



Fuente: CIADI

Ante este auge de reclamaciones varios de los académicos con perspectivas CIL⁹² o TWAIL⁹³ han hecho énfasis en que los acuerdos internacionales de inversión y los sistemas de arbitraje como el CIADI, no pueden analizarse de manera aislada, proponiendo entonces, tener en cuenta fenómenos como el neocolonialismo y la globalización financiera. En ese sentido, el derecho internacional de las inversiones debe entenderse desde una aproximación amplia a la relación entre

⁹¹ Carga de casos del CIADI – Estadísticas (edición 2019 – I)

⁹² **CARTY, Anthony.** “The Decay of International Law” (1986). **SINGH, Prabhakar & MAYER, Benoit.** “Critical International Law: post colonialism, postrealism and transnationalism” *Indian Journal of International Law* 015.

⁹³ **KOSKENNIEMI, Martti.** “Fragmentation of international Law? Postmodern Anxieties” *Leiden Journal of International Law*, 2002; **ANGHIE, Antony.** “Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law”, 2004; **ORFORD, Anne** “International Authority and the Responsibility to Protect” *Cambridge University Press*, 2011.

imperialismo y ordenamiento jurídico supranacional, postura que señala que el pasado colonial aún tiene consecuencias y efectos estructurales sobre el derecho internacional contemporáneo, disciplina que se resiste a entender el imperialismo como una cuestión del pasado, negándose a concebir el derecho internacional como una simple herramienta técnica⁹⁴.

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

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

TBI

Tabla 1: TBI's vigentes en Colombia

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

⁹⁴ **ORFORD, Anne; KOSKENNIEMI, Martti & ANGHIE, Antony.** Imperialismo y Derecho Internacional, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016, p.34.

Fuente: Elaboración propia en base a información del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁹⁵

TLC

Tabla 2: TLC's vigentes en Colombia

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

Fuente: Elaboración propia en base a información del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo⁹⁶

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

⁹⁵ Esta información se puede consultar en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos>

⁹⁶ Esta información se puede consultar en: Esta información se puede consultar en: http://www.tlc.gov.co/publicaciones/5398/acuerdos_vigentes

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

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

Fuente: Elaboración propia en base al Sistema de Información sobre Comercio Exterior – SICE, OEA⁹⁷.

Las cláusulas de resolución de controversias inversionista-Estado permiten que las diferencias que surjan entre las partes sean conocidas por un tribunal arbitral internacional y no por las autoridades judiciales nacionales del Estado receptor de la inversión⁹⁸. Aunque la elección del foro de solución de controversias es una decisión que se plasma, bien en los tratados internacionales o en los contratos, existen varias instituciones que administran sistemas de arbitraje inversionista-Estado, siendo la principal opción la que se constituye en el CIADI, teniendo en cuenta que de los 3322 acuerdos internacionales de inversión vigentes en el mundo⁹⁹, cerca del 90% incluyen una cláusula de arbitraje CIADI y que en el caso

⁹⁷ Esta información se puede consultar en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/COL/COLAgreements_s.asp

⁹⁸ Las potencias económicas mundiales y los inversionistas consideraron las jurisdicciones nacionales como poco atractivas por las siguientes razones: la duración de los procesos, la influencia que el Estado receptor de la inversión podría ejercer sobre sus jueces y la supuesta tendencia del juez de proteger los intereses de su país de origen.

⁹⁹ **UNCTAD.** Informe sobre las inversiones en el mundo 2019. Disponible en: https://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/World_Investment_Report.aspx

colombiano el CIADI tiene jurisdicción sobre 9 de las 11 controversias internacionales de inversión que enfrenta el país.

Es importante señalar que el hecho de ratificar el Convenio CIADI no implica *per se* un consentimiento expreso del Estado colombiano para comparecer ante el sistema¹⁰⁰, pues es necesario también que el consentimiento del Estado se encuentre contenido en un Acuerdo Internacional de Inversión para que se pueda entender que reconoce la jurisdicción del tribunal internacional¹⁰¹.

a. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El *CIADI*¹⁰² es una institución que aparece en 1966 como una de las cinco organizaciones del Banco Mundial¹⁰³, cuya misión, con imparcialidad e independencia¹⁰⁴ se centra en: “(...) ayudar a promover la inversión internacional fomentando la confianza en el proceso de resolución de controversias. También está disponible en el caso de controversias entre Estados en virtud de tratados de inversión y tratados de libre comercio (...)”¹⁰⁵.

Respecto de las funciones propias del *CIADI* el profesor *Bernardo Vela* considera que: “El CIADI, como un sistema de conciliación y arbitraje cuya jurisdicción es

¹⁰⁰ Colombia firmó el tratado el 18 de mayo de 1993, mismo que fue ratificado el 25 de julio de 1997 y entró a regir el 14 de agosto de 1997. Consultado en línea: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx>

¹⁰¹ Gallardo Ciro, Raúl Alberto. *Op. Cit.* **GALLARDO CIRO, Raúl Alberto**. El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia. *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Vol. 7, Nº. 7, 2014, p. 170. (En línea). Disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/331>

¹⁰² El CIADI establecido en 1966 mediante un tratado ratificado por 153 estados-parte: *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de los Estados* de 1965, también conocido como Convenio de Washington o convenio CIADI. Mismo que entró en vigor en octubre de 1969, tras la ratificación que hicieron los primeros 20 estados. Puede verse: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

¹⁰³ El grupo del Banco Mundial está compuesto por el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), LA Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) y el Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIDI). Se puede ver: <http://www.bancomundial.org/es/who-we-are>

¹⁰⁴ El CIADI es una institución de arreglo de diferencias independiente, apolítica y eficaz. Consultado en línea: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

¹⁰⁵ Consultado en línea: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

consensuada y está limitada a la inversión extranjera, tiene la misión de fomentar estas inversiones mediante el arreglo objetivo y transparente de las disputas que se susciten entre inversionistas privados y estados receptores, esto es, mediante *conciliaciones, arbitrajes o comprobación de hechos*".¹⁰⁶

Se trata de una jurisdicción especial en la que las inversiones extranjeras se someten a la regla de la seguridad jurídica, ello se advierte del contenido literal del artículo 25 del Convenio de Washington. El *CIADI* cuenta con su propio reglamento al cual se deben someter los Estados parte¹⁰⁷. Asimismo, en su interior se encuentran establecidas las *comisiones de conciliación o tribunal de arbitraje* que se constituyen *ad hoc* por las partes, y que ejercen la función de arbitrar o conciliar las disputas por medio de *laudos*, luego de haber sido considerados y estudiados los asuntos procesales¹⁰⁸.

Algunas críticas se han tejido alrededor de la función del *CIADI*, en atención a que muchas veces se le acusa de que en sus *laudos* favorecen intereses de los inversionistas extranjeros,¹⁰⁹ no porque los Estados no hayan contado con una debida representación, sino porque se trata de un sistema de autorreferenciación, es decir, se da prevalencia a sus propias reglas jurídicas que de manera expresa deben ser acatadas por los árbitros en desarrollo de su actividad, por lo que usualmente prevalece en sus decisiones una evocación constante a la *seguridad jurídica*, lo que significa que los inversores privados se encuentran protegidos¹¹⁰ mientras se lleva a cabo el objeto del contrato de inversión, siendo

¹⁰⁶ **VELA ORBEGOZO, Bernardo.** *EL DILEMA DEL CIADI: ¿GARANTIZAR EL FLUJO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS O GENERAR DESARROLLO EN LOS ESTADOS RECEPTORES?*, En: Temas de Derecho Internacional Público 1.. La defensa internacional de los intereses del Estado en América Latina. 2018, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 198.

¹⁰⁷ Reglamenteo y reglas: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹⁰⁸ En el Informe Anual CIADI 18, correspondiente al ejercicio fiscal comprendido entre el 1 de julio de 2017 y el 30 de junio de 2018, se indica que se presentaron 57 nuevos casos, siendo el número más alto presentado en un ejercicio fiscal, elevando a 676 el número total de casos registrados desde la creación del CIADI. Disponible en internet en: <https://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1457/1867>

¹⁰⁹ **ANZOLA GIL, Marcela.** *El paradigma de la seguridad jurídica en un Estado en transformación: el caso de la inversión extranjera.* Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2014.

¹¹⁰ **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.

obligación del Estado receptor no afectar las condiciones inicialmente pactadas¹¹¹, esto es, no poder tomar decisiones de políticas públicas, ni crear tributación o llevar a cabo nacionalizaciones de empresas, así como tampoco, ampliar los derechos sociales, si tales acciones influyen o impactan las inversiones o las condiciones en las que dichas inversiones originalmente fueron concebidas¹¹².

En el sistema *CIADI* la función arbitral está sometida a unas reglas jurídicas expresas¹¹³, es decir, se trata de un sistema cerrado y *autorreferenciado*¹¹⁴, esto nos lleva a afirmar que, a pesar de que los Estados, en ejercicio legítimo de su soberanía, diseñen y lleven a efecto políticas públicas teniendo en cuenta sus propios intereses o normas internacionales sobre derechos humanos, sobre protección ambiental, sobre gestión fiscal, etc, los árbitros al dictar sus laudos no pueden hacer referencia a un sistema jurídico diferente del propio contenido en el *CIADI*, es decir, no podrían tener en cuenta la intencionalidad del Estado receptor de la inversión, ello se deduce de la lectura del Art 42 del convenio, que prevé:

Artículo 42. (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

CEPAL, Serie Desarrollo Productivo No 188. 2009. *"Por varias razones, los procedimientos de arbitraje internacional según las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión pueden ser contradictorios con el Estado de derecho en sociedades democráticas"*

¹¹¹ ANZOLA GIL, Marcela. *Op. Cit.*, p. 97.

¹¹² VELA ORBEGOZO, Bernardo. *Op. Cit.*, p. 201.

¹¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?." *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 24, 2009, p. 18. En: https://eprints.ucm.es/9260/1/RCEA_2009_MATRIMONIO_DE_AMOR.pdf

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 198

Como se puede advertir hasta el momento, en un clima de orden económico global, determinado por el *Consenso de Washington*, emergen una serie de entidades e instituciones con finalidades determinadas para articular esas relaciones internacionales.

2.2 Proceso arbitral: Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. vs. Republic of Colombia (ICSID Case No. ARB/16/6)

El proceso arbitral iniciado por Glencore como se mencionaba en los apartes anteriores, nace de la celebración y aplicación del Otrosí N°8 del contrato 044 de 1989. Dicho instrumento de modificación tuvo origen debido a:

1. En 2008, Prodeco e Ingeominas pusieron de presente serias controversias sobre la interpretación de la liquidación y pago de las contraprestaciones del contrato.

2. Al mismo tiempo, las partes discutieron distintas alternativas con el fin de hacer viable la expansión minera que para la época estaba siendo considerada por Prodeco, y que no resultaba posible sino se solucionaban las controversias existentes, y sino se modificaba el régimen de regalías y contraprestaciones vigente para la época, teniendo en cuenta que:

- La ausencia de un mecanismo de actualización de la **Compensación por Ingresos Brutos** resultaba en la participación por parte de la Nación en utilidades que no eran extraordinarias;

- La naturaleza exponencial de la regalía adicional desincentivaba el aumento de la producción por encima de 8MTPA

-Se requería la implementación de un precio base para el cálculo de regalías que reflejara el perfil de ventas de Prodeco.

2. Las partes debatieron las controversias durante 22 meses, período en el cual, por solicitud de Ingeominas, el 21 de mayo de 2009 suscribieron un Acuerdo de Compromiso, cuyo término fue prorrogado y constituiría el marco de las negociaciones y del acuerdo contenido en el Otrosí 8.

3. El 9 de diciembre de 2009 se firmó el Otrosí 8 al contrato minero, el cual fue posteriormente renegociado por solicitud del Ministro de Minas y Energía y el 22 de enero de 2010, las partes suscribieron un nuevo Otrosí 8.

4. En enero de 2010, Prodeco e Ingeominas suscribieron el Otrosí No. 8 con los siguientes objetivos:

(i) Permitir la viabilidad de la expansión minera que Prodeco estaba evaluando para extraer mayores reservas, la cual no era viable con las condiciones previas al Otrosí 8, mediante la implementación de ajustes razonables a las contraprestaciones; y

(ii) Solucionar la controversia jurídica que existía entre Ingeominas y Prodeco sobre la interpretación o aplicación de algunas cláusulas relacionadas con la forma de determinar las contraprestaciones.

5. Como parte de la negociación del Otrosí 8, con el fin de aclarar la controversia existente con Ingeominas, Prodeco aceptó pagar US\$20.799.665 a favor de Ingeominas, precaviendo de esta manera un litigio futuro.

6. Sin la negociación del Otrosí 8, Prodeco no hubiera pagado estas sumas y las partes hubieran tenido que recurrir a mecanismos de solución de controversias para resolver la disputa.

Así pues, el Otrosí No. 8 implicó las siguientes modificaciones al contrato:

- i. Modificaciones a la **Compensación por Ingresos Brutos**, cuya finalidad es compartir ganancias extraordinarias con la Nación:
 - Mediante la aplicación de una metodología de ajuste por inflación (que antes no existía), garantizando así que sólo las ganancias extraordinarias se compartan (consistente con el Código Minero); y
 - Con el fin de viabilizar la expansión

- ii. Modificaciones al cálculo de la “**Regalía Adicional**”, con el fin de viabilizar la expansión de la mina con producciones superiores a 8 MTPA:
 - Hasta **8 MTPA**, la tarifa de regalías permaneció sin cambios;
 - La tasa de aumento de la regalía adicional para producciones superiores a **8MTPA** se atenuó para viabilizar la expansión contemplada.

- iii. Modificaciones al precio de referencia base para liquidar las regalías:
 - Teniendo en cuenta la eliminación del precio de referencia previamente usado y;
 - Con el fin de adoptar una metodología que reflejara la realidad del mercado y el perfil de la empresa.

A partir de la información mencionada en relación con el Otrosí 8, la Contraloría General de la República, en mayo de 2011 decide iniciar un proceso de responsabilidad fiscal el cual, como mencionamos en apartes anteriores, culmina con una decisión en contra de Prodeco en agosto de 2015, y por ende, se declara la responsabilidad fiscal de la empresa, ordenándole a la misma a pagarle al Estado colombiano una suma cercana a los 60 mil millones de pesos. Dicha

condena es el detonante del proceso arbitral que iniciaría Glencore/Prodeco en contra de la República de Colombia en marzo de 2016, ante el CIADI.

En ese sentido Glencore/Prodeco manifiesta que su posición en relación con el caso *sub examine* debe ser considerada de manera muy simple y precisa, pues para ellos solo se necesitaría considerar los siguientes aspectos:

- Que Colombia cumpla con la palabra empeñada al firmar con Prodeco una modificación contractual (Otrosí 8) que constituyó el incentivo para una expansión de la mina e infraestructura vinculada a un costo de cientos de millones de dólares;
- Habiendo recibido el beneficio de esa inversión, Colombia no puede desconocer sus solemnes compromisos contractuales y tratar de abrogar unilateralmente los derechos contenidos en ese contrato;
- Si ese no fuera el caso, ningún contrato firmado con un estado soberano valdría siquiera el papel en el que fue escrito. Una conducta como esta, es la definición de pura y simple de un manual en relación con la violación del estándar de trato justo y equitativo. (párr. 1144).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo que precede, los demandantes argumentaron que Colombia no les había otorgado un trato acorde a las obligaciones contenidas en el Art. 4(1) [Medidas Irrazonables] y en el Art. 4(2) [Trato Justo y Equitativo] del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Suiza y Colombia, a causa de:

- (i) la iniciación del Proceso de Responsabilidad Fiscal y la decisión final dictada por la Contraloría en el marco de dicho Proceso y
- (ii) La acción de nulidad tendiente a anular del Otrosí 8. (párr. 1145).

Reclamo basado en el estándar de Trato Justo y Equitativo (o FET) (Art. 4(2)).

Los Demandantes argumentaron que Colombia había violado el estándar de FET del Tratado a través de:

1. La frustración de las expectativas legítimas de Glencore/Prodeco

Según la empresa, cuando un Estado realiza representaciones o compromisos en los que se basa un inversor extranjero para decidir invertir en ese país, le genera a éste “expectativas legítimas”. **Un estado viola el estándar FET si actúa de manera tal que frustra las expectativas legítimas de un inversor.**

Así pues, los Demandantes argumentaron que legítimamente esperaron que Colombia honraría el compromiso fundamental que asumió a través del Otrosí 8 y que actuaría en consistencia con las representaciones que le realizaron a Prodeco y sobre las cuales invirtieron más de US\$1.000 desde 2010.

En ese sentido, la decisión de la Contraloría de iniciar y llevar a cabo un proceso de Responsabilidad Fiscal en el cual halló responsable a Prodeco y la decisión de Servicio Geológico Colombiano/Agencia Nacional de Minería (SGC/ANM) de comenzar un procedimiento de nulidad del Otrosí 8, fueron contrarias a las expectativas legítimas de los demandantes. (párr. 1155).

En ese sentido, los demandantes argumentaron que sus expectativas legítimas se vieron frustradas de diversas maneras, a saber:

- Colombia no estaba usando sus poderes de control fiscal para su función habitual de supervisar la gestión fiscal de recursos estatales, sino para dejar sin efecto los compromisos asumidos en el Otrosí 8 (párr. 1157);
- La Contraloría actuó de forma impredecible al adoptar una decisión radicalmente incoherente e inconsistente con el actuar de otras autoridades colombianas. En particular, la decisión de la Contraloría de anular un acuerdo con una entidad estatal especializada respecto a un proyecto tan grande como el de Prodeco no tiene precedentes. (párr. 1158);

- Al evaluar el Otrosí 8, la Contraloría aplicó criterios distintos a los que había considerado Ingeominas cuando negoció y acordó con los demandantes la inclusión de dicha cláusula, e ignoró que el Otrosí 8 había permitido la expansión de la mina (lo cual había sido la base de la negociación entre las partes (párr. 1159); y
- El inicio del proceso de nulidad presentado por el SGC/ANM y las alegaciones de que el Otrosí 8 debía ser anulado por ser contrario al interés general del Estado contradicen directamente las representaciones expresas de Ingeominas respecto a la ejecución de Otrosí 8 (párrs. 1160-1161).

2. Falta de un ambiente adecuado para la inversión / Medidas Irrazonables (Art. 4(1))

Los demandantes argumentaron que Colombia frustró su expectativa general, bajo el Art. 4(2) del Tratado en cuanto a que les otorgaría un trato transparente, consistente y predecible, de buena fe y se abstendría de tomar medidas arbitrarias o irrazonables (párr. 1165).

De igual forma, los demandantes sostuvieron que la conducta de la Contraloría y la decisión final en el Proceso de Responsabilidad Fiscal no fue transparente, además de ser arbitraria e irrazonable por varios motivos entre ellos, la posición de la Contraloría que el Otrosí 8 no protegía el interés del Estado, basándose en un análisis escueto que sólo tomó en cuenta el primer año de un contrato a largo plazo (párr. 1172).

En el mismo sentido, los demandantes alegaron que la conducta de SGC/ANM no fue transparente, además de ser arbitraria e irrazonable, especialmente por el haber iniciado un proceso de nulidad del Otrosí 8 para terminar unilateralmente los compromisos asumidos, sin realizar un análisis razonado y alegando que no protegía el interés del Estado (párr. 1178).

Adicionalmente, los demandantes alegaron que esta conducta además constituyó una violación del Artículo 4 (1) del Tratado, que requería que Colombia no afectara las inversiones de los inversionistas a través de medidas irrazonables.

3. La falta de debido proceso durante el proceso de Responsabilidad Fiscal (párr. 1149).

La obligación de garantizar el debido proceso es una característica esencial del estándar de Trato justo y equitativo. Según la empresa, las conductas desplegadas por el Estado colombiano, constituyen una violación a dicho estándar, debido a que se le denegó a Prodeco el debido proceso en el procedimiento de responsabilidad fiscal al cual fue sometido, a causa de:

- I. Haber denegado a Prodeco la oportunidad de presentar evidencia e interrogar a los testigos para defenderse apropiadamente.

La Contraloría le negó a Prodeco una oportunidad adecuada para defenderse, al no admitir los testimonios relevantes de testigos (empleados de Prodeco involucrados en las negociaciones de Otrosí 8) y expertos independientes presentados por Prodeco y negándole la oportunidad de cuestionar al equipo técnico de la Contraloría. (párr. 1185).

- II. Haber actuado con parcialidad, con miras a justificar una opinión propia a la que había arribado antes del proceso. Dichas fallas se evidenciaron en los siguientes hechos (párr. 1186):

- Al vincular injustamente al proceso a cuatro funcionarios públicos a los cuales les embargo sus bienes y luego desvincularlos después de que cambiaran su testimonio, como si los estuviera premiando por ello.
- Ignorar los testimonios realizados bajo juramento y en su lugar fundamentar su decisión, casi exclusivamente en declaraciones de manera libre y espontánea no sujetas a juramento (y que contradicen los testimonios previos dados bajo juramento); y
- Prevenir que Prodeco presentara sus fundamentos respecto el análisis del impacto del Otrosí 8, sobre la base de que tal evidencia era “superflua”. Esto a pesar de haber admitido que un testigo se presentara por cuarta

vez y cambiara su testimonio en apoyo de las acusaciones de la Contraloría.

- Por último, en una entrevista pública de diciembre de 2013 la Contralora General de la época (Sandra Morelli) había insinuado que ya había decidido que Prodeco era responsable fiscalmente (párr. 1188).

PRETENSIONES DE LOS DEMANDANTES

Los demandantes solicitaron al Tribunal declarar que Colombia violó los artículos 4(1) [**Medidas irrazonables**], 4(2) [**Trato justo y equitativo**] y 10(2) [**Ciáusula paraguas**] del Tratado:

1. Pretensión principal

La solicitud principal de los demandantes fue que Colombia, a través del principio de restitución previsto en el derecho internacional, reembolsara a Prodeco el monto de Responsabilidad Fiscal de USD 19.1 millones que Prodeco había pagado bajo protesta (con intereses)

Adicionalmente se solicitaron al Tribunal una serie de medidas orientadas a preservar la vigencia del Otrosí 8: entre ellas:

- Ordenar a Colombia continuar con la ejecución y cumplimiento del Otrosí 8;
- Ordenar a Colombia tomar todas las acciones necesarias para asegurar que no se interfiriera con dicha ejecución y cumplimiento, incluyendo el desistimiento de la acción de nulidad planteada por el SGM/ANM (párr. 547).

Los Demandantes también solicitaron al Tribunal ordenar a Colombia brindar las “garantías necesarias” por parte de la Contraloría y la ANM para “abstenerse de iniciar procedimientos en relación al Otrosí 8” (párr. 547).

2. Pretensión subsidiaria

Los Demandantes plantearon como solicitud subsidiaria, en caso de que el Tribunal ordenase las medidas solicitadas orientadas a preservar la vigencia del Otrosí 8 y que Colombia no cumpliera con ellas en un plazo de 90 días (párr. 547) las siguientes:

- a. Pagar a los Demandantes la suma de US\$336.1 millones, equivalente al diferencial de regalías adicionales que deberían pagar en adelante **en caso de eliminarse las modificaciones al régimen de compensación incluidas en el Otrosí 8.**
- b. Mantener indemne a los Demandantes respecto de cualquier reclamo retroactivo para el periodo 2011 hasta la fecha del laudo basado en la no aplicación del Otrosí 8 (para finales de 2017 esta suma ascendía a US\$238.6M)
- c. Y, para evitar una doble recuperación, que una vez cumplidas las dos peticiones anteriores, que se ordenara a los Demandantes pagar las contraprestaciones bajo el Contrato Minero como si efectivamente el Otrosí 8 se hubiera eliminado y se hubiera vuelto al régimen de contraprestaciones previo.

Este reclamo alternativo no se aplicaría si los Demandantes tuvieran éxito en su reclamo principal de restitución y Colombia confirmase que el Otrosí 8 seguiría siendo válido y se mantendría vigente.

Finalmente, los Demandantes también solicitaron:

- Que la compensación pagadera por Colombia devengara intereses, capitalizables semestralmente;

- Que la compensación fuera neta de cualquier impuesto colombiano y;
- El reembolso de sus costas en el arbitraje. (párr. 547)

LA DEFENSA DE LA REPÚBLICA COLOMBIA(OBJECIONES)

La defensa del Estado colombiano en calidad de demandado, se encuentra estructurada en dos grandes partes, a saber:

1. Objeciones de jurisdicción y admisibilidad.

Estos argumentos del Estado demandado son los que tradicionalmente se conocería como excepciones preliminares, razón por la cual están orientados a desvirtuar la base de competencia del Tribunal arbitral, con el fin de impedir que el órgano de adjudicación pueda conocer y fallar el litigio puesto a su consideración , por falta de competencia.

Así pues, el Estado colombiano presentó las siguientes objeciones:

✓ Objeción de Ilegalidad

Colombia argumenta que el Tribunal no tiene competencia sobre las pretensiones de los demandantes pues el Otrosí No. 8 está viciado de ilegalidad ya que:

– Fue obtenido por medios ilícitos, pues se aseguraron la adjudicación del contrato a través de corrupción, actos que se encuentran prohibidos por el derecho internacional y local;

– Hay una serie de señales de alerta de fraude (*red-flags*) que conducen a demostrar el comportamiento ilícito de los demandantes. Además, el otrosí fue celebrado en abierta violación a la ley y la regulación aplicable, debido a que fue

obtenido bajo una conducta de mala fe, pues proporcionaron información falsa y engañosa a Ingeominas, y ocultaron información relevante;

– Además, la responsabilidad por la conducta inapropiada no recae únicamente en Ingeominas;

– Por medio de corrupción y mala fe, los Demandantes provocaron y moldearon intencionalmente las negociaciones que condujeron a la suscripción del Otrosí.

✓ **Objeción de *Fork in the Road***

Esta objeción obedece a la elección previa de un foro de solución de controversias, la cual impide que dicho litigio pueda ser conocido por el Tribunal arbitral. Dicho alegato del Estado colombiano se fundamenta en los siguientes aspectos:

- Prodeco radicó una solicitud para conciliación extrajudicial ante la Procuraduría General de la Nación de la República de Colombia, que, al ser un requisito de procedibilidad para presentar el caso ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo permite activar la cláusula *Fork in the Road*. Además, alega el demandado, que se debe tener en cuenta que el Tratado no excluye procedimientos extrajudiciales de dicha cláusula.

- Bajo el “*fundamental basis test*”, se demuestra que el arbitraje tiene la misma fundamentación que el proceso local, razón por la cual, considera el estado colombiano que cualquier procedimiento nacional que se instale para la solución de controversias con el inversionista, permitirá obtener un resultado acorde con las reglas aplicables.

- Bajo el examen de “triple identidad” que alegan los demandantes como respuesta a la objeción, es decir mismas partes, mismos hechos y mismas pretensiones, no se exige una estricta identidad de partes para que aplique el *Fork in the Road*, máxime en tanto decidieron impugnar la decisión de la Contraloría en Colombia y por consiguiente no pueden perseguir lo mismo en el arbitraje.

✓ **Cláusula Paraguas (*Umbrella clause*)**

Las cláusulas paraguas tienen por objeto garantizarle al inversionista, la posibilidad de recurrir a tribunales internacionales por cualquier incumplimiento de parte del Estado receptor de la inversión, sea éste un incumplimiento de alguna disposición del tratado o de cualquier obligación adquirida con respecto a dicho inversionista, sea que conste en un contrato o alguna clase de acuerdo o autorización.

Para Colombia, el Tribunal no puede derivar su competencia de la cláusula paraguas del Tratado, pues la disposición de solución de controversias de éste excluye expresamente las disputas que se fundamenten en dicha cláusula.

En ese sentido, no se condiciona en ningún momento el consentimiento de Colombia respecto de la cláusula paraguas, sino se establece de manera clara e inequívoca que no da su consentimiento para las reclamaciones arbitrales relacionadas con la disposición en mención.

Dichos reclamos de Colombia se fundamentan en las disposiciones del Tratado de Protección a las Inversiones celebrado entre Suiza y Colombia, según el cual, la cláusula paraguas estaría contemplada en las siguientes disposiciones:

ARTÍCULO 10. OTRAS OBLIGACIONES.

(...)

(2) Cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que él pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión.

ARTÍCULO 11. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE UNA PARTE Y UN INVERSIONISTA DE LA OTRA PARTE.

(...)

(3) Cada Parte da su consentimiento incondicional e irrevocablemente al sometimiento de una disputa de inversión a un arbitraje internacional, de acuerdo al párrafo 2 anterior, excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 de este Acuerdo.

Además, según Colombia carece de competencia el Tribunal frente a las pretensiones contra la Agencia Nacional de Minería (ANM), pues dichos reclamos son de naturaleza contractual y el contrato tiene su propia cláusula de solución de controversias. Así pues, el fundamento de los argumentos de Prodeco contra la ANM es el presunto intento de dicha entidad nacional de que se declare la nulidad del Otrosí 8, argumento, que es considerado por Colombia como de mala fe en la ejecución del contrato y, por lo tanto, constituye un incumplimiento contractual.

Todo lo anterior, queda completamente avalado por la a cláusula 39 del contrato, donde se prevé un mecanismo de solución de controversias y por lo tanto no puede ser decidido en sede arbitral, tal como lo propone el Demandante.

✓ **Objeción de Inadmisibilidad**

Según el Estado colombiano, las pretensiones que ha planteado Glencore/Prodeco en su demanda no puede ser aún resueltas por el Tribunal arbitral, si éste llegare a tener competencia para conocer de dicha controversia. Así pues, los reclamos del Demandante resultan inadmisibles por las siguientes razones:

- No existe ninguna actuación del Estado que se materialice en una medida nacional que pueda ser considerada como una violación al Tratado de Protección a las Inversiones. En ese sentido, según la defensa de la República de Colombia, acudir a los mecanismos administrativos y judiciales de orden nacional con el fin de solicitar la revisión y la nulidad del contrato y del Otrosí 8, no constituye desde ningún punto de vista un hecho

ilícito internacional que se consolide en el incumplimiento de alguna obligación convencional.

- Con ocasión de las actuaciones del Estado colombiano, no se ha materializado ningún daño que afecte los derechos y/o los intereses del inversionista Glencore/Prodeco, más aún, cuando no existe todavía una decisión judicial nacional que declare la nulidad del Otrosí 8.
- En todo caso, las actuaciones del inversionista Glencore/Prodeco están encaminadas a bloquear o inhibir a cualquier costo, el funcionamiento del proceso judicial en Colombia.

En conclusión, aún no llegaría a ser posible que exista admisibilidad de las pretensiones presentadas por Glencore/Prodeco.

2. Objeciones de fondo

Los alegatos presentados por Colombia a través de los argumentos que se mencionarán a continuación, están orientados a deslegitimar y desvalorar las pretensiones del Demandante, es decir, buscan demostrar la inexistencia de incumplimientos por parte del Estado que lleven a consolidar violaciones a los derechos del inversionista.

Así pues, el Estado colombiano presentó las siguientes objeciones de fondo:

✓ No vulneración de expectativas legítimas

La República de Colombia argumenta que actuó en todo momento en pleno cumplimiento de las supuestas expectativas legítimas de los demandantes, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- El concepto de expectativas legítimas no está en el *Convenio entre la República de Colombia la Confederación Suiza sobre la promoción y*

protección recíproca de inversiones, y los demandantes no explican cómo este se encuentra en la definición de Trato Justo y Equitativo;

- Aún en el evento en que la protección a las expectativas legítimas del inversionista proceda bajo el estándar de Trato Justo y Equitativo, los argumentos de los demandantes no son válidos pues:

- Se fundamentan en expectativas contractuales que no pueden dar lugar a una violación del Tratado, razón por la cual estaríamos ante una imposibilidad de aplicación de la cláusula paraguas; y
- Cualquier expectativa legítima derivada del Otrosí 8, debió contemplar la posibilidad de que Colombia sujetara el contrato a las medidas ordinarias para hacer cumplir su marco legal y regulatorio

✓ **La República de Colombia tomó medidas legales, regulatorias y de control ordinarias**

Colombia refuta los argumentos de los demandantes sobre arbitrariedad, irracionalidad o falta de transparencia en la conducta. Según el Estado colombiano, todas y cada una de las decisiones que se tomaron están fundamentadas en los poderes soberanos, sin que eso suponga una violación a los derechos reconocidos y garantizados al inversionista extranjero. Bajo esa idea, Colombia señaló:

- Siempre que una acción ordinaria de aplicación de la ley esté acorde con el marco legal y reglamentario, es coherente, previsible y transparente;
- El Tratado no exige ni puede exigir a un Estado que se abstenga de adoptar medidas coercitivas compatibles con su marco jurídico y regulatorio (a menos que sean arbitrarias o irrazonables);

- Los estándares de consistencia, previsibilidad y transparencia, cuando se emplean frente a las acciones estatales de aplicación de la ley, no requieren ni pueden requerir más que una conducta razonable y no arbitraria;
 - La prueba relevante para determinar si la decisión de la Contraloría era previsible y coherente es determinar si actuó de acuerdo con el marco legal y reglamentario aplicable. En ese sentido, resulta completamente que la Contraloría General de la República evaluaría el Otrosí 8;
 - El estándar para demostrar arbitrariedad, irracionalidad o capricho es muy alto y los demandantes no lo cumplen, razón por la cual es importante que a la luz del derecho internacional público, se presuma la buena fe de las conductas del Estado;
 - El hecho de que un Estado someta un contrato a sus propios tribunales para su revisión y posible anulación no constituye una violación del estándar de Trato Justo y Equitativo aplicable, a menos que dicha acción ordinaria sea arbitraria o irrazonable.
- ✓ **El proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República de Colombia respetó el debido proceso**

La República de Colombia recuerda que el estándar internacional de debido proceso es claro: el Trato Justo y Equitativo sólo es violado por una “falta manifiesta de respeto al debido proceso que trasgreda el sentido de la propiedad judicial”.

Bajo esa línea, Colombia señala que los demandantes han apelado la decisión de la Contraloría y están persiguiendo su anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana. Así pues, en caso de que llegase a demostrarse en el proceso nacional, la violación al debido proceso en los términos señalados por Prodeco, las Cortes colombianas están en posición de corregir cualquier desviación de las normas procesales domésticas aplicables al proceso de responsabilidad fiscal.

Ahora bien, frente a los puntos específicos señalados por el Demandante en sus pretensiones, Colombia afirma que:

- No es cierto que Prodeco no pudiera aportar evidencia. El inversionista contó con una oportunidad para realizarlo y no se le violó el debido proceso;
- El hecho de que la Contraloría General de la República citara a cuatro funcionarios públicos para que rindieran testimonio en el proceso no es una violación a dicha garantía, pues no sólo esa posibilidad se contempla en la ley, sino que además su decisión se basó en evidencia documental y no en los testimonios aportados por las personas interrogadas;
- En cuanto a la afirmación del Demandante al señalar que no hay imparcialidad en el proceso adelantado por el organismo de control fiscal nacional en Colombia, el Estado considera que no es cierto que el proceso de responsabilidad fiscal sea una conspiración en contra de Prodeco, máxime, porque Sandra Morelli ya no trabajaba en la Contraloría cuando se profirió la decisión.

Decisión del Tribunal Arbitral

El 27 de agosto de 2019 se conoció la primera decisión arbitral en materia de inversión extranjera en contra del Estado colombiano, con ocasión de conductas de órganos estatales que en el desarrollo de sus mandatos constitucionales y legales contrarían normas consagradas en un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) firmado por Colombia.

En el fallo, el Centro Internacional de Arbitraje de Disputas relativas a la Inversión (CIADI) decidió que Colombia debía ser declarado internacionalmente responsable en el marco de las obligaciones contraídas en el TBI suscrito entre Colombia y Suiza.

Así pues, podemos resumir la posición del Tribunal en las siguientes consideraciones:

1. En relación con los supuestos hechos de corrupción y demás faltas presuntamente cometidas por Prodeco, en lo concerniente al ocultamiento de información económica y financiera durante la negociación del Otrosí 8 y la tergiversación de la misma, la autoridad de adjudicación consideró:

- ✓ El Tribunal no encuentra ninguna ilegalidad o impropiedad en la compra de la concesión de 3 hectáreas que realizó la empresa¹¹⁵;
- ✓ La conducta de Prodeco en ningún caso puede ser interpretada como una maniobra de corrupción¹¹⁶;
- ✓ En lo atinente a la supuesta violación de reglamentos obligatorios del derecho nacional, el Tribunal hace un recorrido sobre el ordenamiento jurídico colombiano para desentrañar dichas normas (de orden público) que habían sido puestas de presentes por el Estado y señala que no existe ninguna violación a ellas¹¹⁷;
- ✓ No hubo mala fe, ni tergiversación, ni ocultamiento de información por parte de Prodeco durante los 22 meses que duró la negociación del Otrosí 8¹¹⁸.

¹¹⁵ 684. The Tribunal does not see any illegality or impropriety in the transaction. It is true that Prodeco yielded to greenmail – but it was a greenmail caused by Ingeominas’ inappropriate registration of the 3ha Contract in favour of Mr. Maldonado, and the Colombian authorities’ unwillingness or inability to react, notwithstanding repeated warnings and complaints.

¹¹⁶ 685. Finally, the Tribunal notes that Prodeco’s behaviour is exactly the opposite to that normally adopted in cases of bribery. Corruption requires secrecy. In this case, Prodeco announced *urbi et orbi* that it was being subjected to greenmail and requested assistance from the public administration. When the authorities offered no support, Prodeco informed *ex ante* not less than the Ministro de la Presidencia that it was being forced to buy the 3ha Contract.

¹¹⁷ 719. *The Tribunal’s conclusion is shared by the new agencies created to substitute Ingeominas. These agencies – AMN and SGC – filed in 2012 the Procedure for Contractual Annulment of the Eighth Amendment before the Tribunal Administrativo de Cundinamarca. The request for annulment was based on the argument that the Eighth Amendment had failed to meet its purpose and was detrimental to the interest of the State – not that it had been negotiated and executed in disregard of mandatory regulations..*

¹¹⁸ 857. *The Tribunal is persuaded that Prodeco and Ingeominas negotiated the Eighth Amendment extensively, in good faith, and at arm’s length. The negotiations, which involved two entities with ample experience in the coal sector, were held for a period of over 20 months, during which there were multiple meetings and exchanges of proposals. Throughout the negotiations, Ingeominas had every opportunity to request information and to question the information provided by Prodeco. There is no evidence that Prodeco failed to address any request submitted by Ingeominas.*

858. *The Tribunal is reassured in its conclusions by two facts:*

- First, up until the present arbitration, Colombia never raised any allegations of bad faith or deceit in the negotiation of the Eighth Amendment against Prodeco; in particular, in the Procedure for Contractual

- ✓ No solamente el Tribunal considera que no hubo tergiversación de información, sino que de los hechos y la pruebas analizadas en el curso del proceso arbitral, se considera que los argumentos de Colombia no resisten un escrutinio¹¹⁹.
- ✓ El Tribunal no ve ningún elemento de mala fe en las actuaciones del Prodeco¹²⁰.
- ✓ El argumento sobre la tasa de descuento para calcular el valor presente neto del proyecto en relación con el ocultamiento y tergiversación de información no tiene base¹²¹.

2. En relación con la excepción “*Fork in the road*” presentada por Colombia, el Tribunal considera que pese a que el Estado entiende que el hecho de someter la controversia a conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación, suponía la presentación de una reclamación ante los órganos jurisdiccionales nacionales, tal escenario no es constitutivo de limitación para incoar un proceso internacional de carácter arbitral.

Annulment, the ANM never questioned Prodeco’s conduct throughout the negotiations of the Eighth Amendment;

- Second, Prodeco’s behaviour in the negotiations actually denotes good faith. Indeed, in December 2009 Prodeco and Ingeominas signed an Initial Version of the Eighth Amendment, from which Ingeominas eventually backtracked; Prodeco could have tried to enforce the Initial Version of the Eighth Amendment, which had been duly executed by Ingeominas; instead, Prodeco accepted to renegotiate, so that Ingeominas could be satisfied that the final version of the Eighth Amendment was favourable to the interests of the Colombian State. Prodeco’s conduct is telling and contradicts Respondent’s criticisms.

859. In conclusion, the Tribunal finds that Respondent has failed to prove its accusations that Prodeco acquired the 3ha Contract as a means to bribe Mr. Ballesteros into executing the Eighth Amendment or that it misrepresented the economic situation of the project and deliberately and in bad faith withheld material information from Ingeominas in order to secure the Eighth Amendment.

¹¹⁹838. The argument does not stand up to scrutiny. (...)

856. The evidence on the record does not support Respondent’s proposition that Prodeco deliberately misrepresented the economic situation of the Project or tried to conceal information from Ingeominas

¹²⁰ 844. *All in all, the Tribunal sees no element of bad faith, simply a disagreement by Respondent’s expert as to whether the truck utilization rate used in Claimants’ sensitivity analysis was correct – a rate which Claimants also used in their own internal mine sequence.*

¹²¹ 845. *(iii) Respondent finally says that Claimants overstated the appropriate discount rate to calculate the NPV of various scenarios.*

846. *The argument is baseless.*

En ese sentido, el Tribunal encuentra que la conciliación en estos escenarios de contratación pública en Colombia si bien es obligatoria según la Ley, es prejudicial y por ende extrajudicial. En ese sentido, el Tribunal después de realizar un análisis concienzudo y meticulado de la legislación administrativa nacional, considera que la conciliación no podía ser entendida como el inicio de las acciones judiciales¹²².

3. En relación con los daños que se produjeron a Prodeco con ocasión de las actuaciones de Colombia a través del proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República, el Tribunal señaló:

¹²² 932. Contrary to Respondent's (present) argument, the non-judicial Request for Conciliation, which Prodeco had filed four months before with the Procuraduría, never constituted the exercise of the option conferred by the FIR Clause: Art. 11(4) of the Treaty requires, for the fork-in-the-road to apply, that the investor "referred the dispute" to a "national tribunal". Prodeco's Request for (non-judicial) Conciliation before the Procuraduría, an administrative agency of the Republic, failed to meet this test for two reasons:

- First, the Treaty requires that the investor "referred the dispute" to a domestic court or to international arbitration; this implies that the dispute be submitted to binding adjudication by an independent body, and that the decision of such body not be subject to consensual validation by the parties; a request for conciliation does not meet this standard: the request is simply an invitation to the other party, proposing that a meeting be held and a settlement be negotiated and eventually agreed upon;

- Second, referral must be to a "national tribunal" [as expressed in Art. 11(4)] or to "courts or administrative tribunals" [the analogous expression preferred by Art. 11(2)]; the Procuraduría is neither a court nor a tribunal: it simply is an administrative agency of the Republic, entrusted (inter alia) with the organization of prejudicial conciliation procedures.

933. These conclusions are confirmed by Colombian law. Colombian Law 934. Art. 161(1) of the Colombian Code of Administrative Procedure provides as follows:

"Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales". [Emphasis added, bold in the original]

935. Under Colombian administrative law, conciliation is a mandatory pre-requisite for introducing a judicial claim regarding the nullity of an administrative act. As enshrined in the law, this is an "extrajudicial", amicable procedure, which is not filed with any judicial authority, but rather with an administrative agency as the Procuraduría.

936. This conclusion is confirmed by Art. 3 of Law 640 of 2001, "por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones", which provides that:

"La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial".

- La decisión de la Contraloría es una medida irrazonable, debido a que la determinación de la existencia de un daño en contra del Estado, se basa en un análisis limitado al primer año de un contrato a largo plazo¹²³.

- Hay que resaltar que el Tribunal no cuestiona la legalidad del mecanismo de control que la Contraloría utiliza en el desarrollo de sus funciones legales y constitucionales. Pues lo que encuentra que es irrazonable, es la metodología que utiliza¹²⁴.

La determinación que hace la Contraloría General de la República es sesgada, y por ende, contraria a los principios básicos del razonamiento legal e, incluso, de la lógica financiera. En el mismo sentido, el Tribunal considera que es incompatible con los estándares de conducta que Colombia adoptó en la cláusula de Trato justo y equitativo que se encuentra consagrada en el TBI Suiza- Colombia¹²⁵. Todo lo anterior, se debe a que el organismo de control cometió dos fallas con la metodología utilizada en el

¹²³ 1504. Summing up, Claimants argue that the Contraloría's decision, establishing that the Eighth Amendment had caused damage to Colombia, is arbitrary and unreasonable. The Tribunal finds that the methodology on which the Contraloría based its decision to establish the damages allegedly caused to Colombia under the Eighth Amendment was indeed arbitrary and unreasonable. The level of arbitrariness and unreasonability is high and cannot be protected by the deference accorded to state agencies when performing supervisory tasks entrusted by law.

¹²⁴ 1473. Claimants say that the Contraloría's calculation of damages constitutes an unreasonable or arbitrary measure in violation of Art. 4(1) of the Treaty. 1276 F 1277

1474. The Tribunal agrees.

¹²⁵ 1475. The determination of the existence and quantum of damages made by the Contraloría in its Decision is biased, contrary to basic principles of legal reasoning and financial logic, and incompatible with the standard of conduct which Colombia undertook to provide to protected Swiss investors under Art. 4(1) of the Treaty.

1476. The Tribunal is mindful of its own majority conclusions, namely that the standard for labelling the conduct of a State as unreasonable or arbitrary should be high, and that regulatory agencies, when performing the mission entrusted to them by law, should enjoy a high level of deference.

1477. But even applying these reinforced thresholds, the conclusion does not change. The calculation of damages is arbitrary and unreasonable.

1564. The Tribunal has reached the conclusion that the Contraloría applied an unreasonable and arbitrary methodology to establish the damages allegedly suffered by Colombia due to the execution of the Eighth Amendment. This conduct of the Contraloría is attributable to the Republic of Colombia and implies a violation of Arts. 4(1) and 4(2) of the Treaty

desarrollo del proceso que permitió a la Contraloría hacer el juicio de responsabilidad fiscal en contra de Prodeco¹²⁶.

Así las cosas, bajo dichos argumentos el Tribunal arbitral se permite tomar la siguiente decisión:

1. Desestima la Objeción de Ilegalidad del Demandado, la Objeción de Fork in the Road, y Objeción de inadmisibilidad, confirma la objeción de la cláusula paraguas de la Demandada, y declara que el Centro tiene jurisdicción y que el Tribunal es competente para adjudicar reclamos basados en incumplimiento de los arts. 4 (1) y 4 (2) del Tratado.

2. Declara que la conducta de la Contraloría en el cálculo del daño presuntamente sufrido por la República de Colombia como resultado de la ejecución del Otrosí 8 constituye (i) una medida irrazonable que perjudica la inversión de los Demandantes en Colombia en violación del art. 4 (1) de la Tratado y (ii) una violación del trato justo y equitativo, en violación del art. 4 (2) del Tratado

3. Ordena a la República de Colombia que restituya a C.I. Prodeco S.A. la suma de USD 19,100,000.

¹²⁶ 1478. In reaching this conclusion, the Tribunal has found the following arguments to be compelling:

(i) Failure to Update and Improve the Tovar-Silva Report

1479. First, the Contraloría's Decision expressly states that the basis for the calculation of damages is the Tovar-Silva Report – a report which had been prepared four years before, at the start of the investigation, and a few months after the Transition Period had ended. It is difficult to understand why the Contraloría failed to update the Report by integrating and evaluating the market and production data that had been generated since the Report was first written.

(ii) Flaws in the Methodology

1480. Second, the methodology applied by the Tovar-Silva Report is of startling simplicity: Ms. Tovar Silva simply calculated –

(i) the Royalties which Colombia would have received during the Transition Period applying the formula agreed upon before the Eighth Amendment, and –

(ii) those which it actually received applying the formula agreed upon in the Eighth Amendment.

The calculation was performed for the 12 months of the year 2010 (except for the Additional Royalties, where the calculation was from November 2009 through November 2010). The difference between both calculations was the amount of damage that Colombia was found to have incurred.

4. Condenar a la República de Colombia a pagar intereses sobre el monto establecido en el párr. 3 desde el 19 de enero de 2016 hasta la fecha de pago real, a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses más un margen del 2%, capitalizados semestralmente.

5. Declara que el pago de restitución e intereses otorgados a Prodeco en el cumplimiento de este Laudo debe ser neutral en cuanto a los impuestos colombianos, con las consecuencias establecidas en el párr. 1630 de este fallo, y ordena a la República de Colombia indemnizar a Prodeco con respecto a cualquier impuesto colombiano en violación de dicho principio.

6. Ordena a la República de Colombia que reembolse a los Demandantes (i) los Costos de la Procedimientos (netos de cualquier reembolso final por el CIADI) y (ii) USD 1,692,900 como gastos de defensa, más intereses sobre ambas cantidades a una tasa LIBOR para depósitos a seis meses con un margen del 2%, capitalizados semestralmente desde la fecha de esta adjudicación hasta la fecha de pago real.

7. Desestimar todos los demás reclamos, objeciones y defensas.

Las solicitudes de la demanda y la decisión del tribunal están resumidas en el siguiente cuadro¹²⁷:

	<i>Solicitud del demandante</i>	<i>Decisión del Tribunal</i>
<i>Solicitud a.</i>	<i>Declarar que Colombia incumplió los artículos 4 (1), 4 (2) y 10 (2) del tratado.</i>	<i>Efectivamente Colombia Violó los artículos 4 (1), 4 (2) y 10 (2) del tratado debido al uso de una metodología inadecuada al momento de calcular los daños que le causo el Otrosí 8 al Estado colombiano.</i>
<i>Solicitud b.</i>	<i>Que el Estado colombiano continúe cumpliendo los términos del Otrosí 8.</i>	<i>No aceptada por ser indiferente a la causa de responsabilidad internacional.</i>
<i>Solicitudes c y e.</i>	<i>Que la Agencia Nacional de Minas cese cualquier procedimiento que afecte los intereses de Prodeco y que se le ordene al Estado colombiano garantizar que no abrirá ninguna nueva investigación derivada del Otrosí 8.</i>	<i>No aceptada, debido a que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca no ha resuelto de forma definitiva la anulación del contrato minero. Adicionalmente este tipo de órdenes no pueden ser dadas por un Tribunal de Arbitramento.</i>

¹²⁷ El cuadro que se anexa fue tomado de: PRIETO RIOS, Enrique; URUEÑA, Rene. *Glencore contra Colombia : una condena agridulce*, en: "Razón Pública" (En línea). Consultada el 20/09/2019. Disponible en: <https://razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/12260-glencore-contra-colombia-una-condena-agridulce.html>

<i>Solicitud d.</i>	<i>Ordenar a la Contraloría que no inicie ningún nuevo procedimiento relacionado con el Otrosí 8.</i>	<i>El Tribunal encontró que la metodología usada para calcular el posible daño sufrido por el Estado derivado del Otrosí 8 no fue razonable. Cualquier investigación posterior debe respetar la decisión de este Tribunal. Por lo tanto, esta solicitud se vuelve innecesaria.</i>
<i>Solicitud f.</i>	<i>Ordenar que, como forma de restitución, Colombia le pague a Prodeco 19.1 millones de dólares, que corresponde a la suma pagada como consecuencia de la sanción de la Contraloría.</i> <i>Pagar al demandante (i) 336.1 millones de dólares por la diferencia entre la no aplicación del calculo de regalías del Otrosí 8 y las ganancias recibidas, y (ii) 238.6 millones de dólares a título de indemnización por las regalías retroactivas debido a la no aplicación del Otrosí 8.</i>	<i>El Tribunal le ordena a Colombia a pagarle a Prodeco 19.1 millones de dólares, más los intereses debidos.</i> <i>Sin embargo, se niega al demandante las sumas de 336.1 millones de dólares y de 238.6 millones de dólares.</i>
<i>Solicitudes g, h e i.</i>	<i>Ordenar que Colombia cumpla con las solicitudes b, c, d, e, y f</i>	<i>Se deniega esta solicitud porque las solicitudes b, c, d, e y f no</i>

	<i>dentro de los siguientes 90 días.</i>	<i>fueron aceptadas.</i>
<i>Solicitudes j y k.</i>	<i>Que se declare que la suma por concepto de restitución y los intereses deben ser pagados de forma neta, es decir, exenta de cualquier impuesto.</i>	<i>El Tribunal encontró que el pago de la restitución y el pago de sus intereses debe ser neutral, es decir, se debe mantener a Glencore y Prodeco indemnes con respecto a cualquier impuesto.</i>
<i>Solicitud l.</i>	<i>Que se le ordene a Colombia mantener indemne a los demandantes respecto a cualquier responsabilidad derivada de doble tributación con Colombia y Suiza derivada de las medidas adversas adoptadas por Colombia.</i>	<i>Esta solicitud no aplica. El demandante falló en probar que la restitución producirá alguna carga de doble tributación.</i>
<i>Solicitud m.</i>	<i>Que se ordene a Colombia pagar todos los costos y expensas del arbitraje, incluidos los costos de representación legal, honorarios de expertos, los honorarios del Tribunal y los costos institucionales del CIADI.</i>	<i>El Tribunal ordena que Colombia le pague al demandante 625.000 dólares por los costos institucionales del CIADI. También se le ordena a Colombia pagar 1,692,900 de dólares correspondientes a los costos de representación legal y otras expensas.</i>

Capítulo 3

Propuesta para la prevención de hechos ilícitos internacionales por la violación de normas internacionales en materia de inversión. Gestión y administración de riesgos.

Tratándose de las obligaciones derivadas del derecho internacional de las inversiones, varios son los riesgos y los mecanismos asociados a gestionarlos o limitarlos. Por supuesto, debemos partir de la idea que se trata de líneas generales que pueden no aplicarse a todos los estados y a su vez, al interior de un Estado, pueden sólo servir para algunos aspectos en relación con los diferentes temas que puedan verse vinculados con la problemática. Así pues, encontramos genéricamente tres circunstancias que deben ser tenidas en cuenta:

1. El poder de negociación de los tratados internacionales. Es claro que en la medida que los estados cuenten con amplios márgenes de negociación y como consecuencia de ello, la posibilidad de imponer condiciones en la misma, podrá proteger de mejor manera sus intereses. En ese sentido, una posición dominante en la negociación permitiría limitar los riesgos asociados al establecimiento amplio y abstracto de las cláusulas en los acuerdos internacionales de inversión.
2. Como riesgo principal, evidenciamos la interpretación amplia por parte de tribunales de las diferentes cláusulas que se encuentran en los tratados, junto con los llamados estándares consuetudinarios en la materia¹²⁸. Es de aclarar, que esta interpretación es asumida por los estados receptores desde la suscripción y ratificación de los acuerdos, los cuales impactan directamente a los contratos que celebren los inversionistas que se encuentran amparados por la norma convencional;
3. Como riesgo derivado, encontramos los costos de tipo financiero de la defensa del Estado en los escenarios de solución de controversias

¹²⁸ CASTILLO MENESES, Yadira. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Bogotá, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2015, p. 129.

internacionales, así como las posibles condenas muy onerosas en tribunales de arbitraje de inversión.

Lo cierto es que, independientemente de la situación de que se trata y que se pueda enmarcar en las categorías arriba señaladas, todas ellas son potencialmente generadoras de situaciones que involucran congelamientos regulatorios de políticas sociales en los países receptores e impactos de tipo fiscal sobre presupuestos oficiales¹²⁹.

Frente al mecanismo o poder de negociación, debe decirse que este es excepcional, y las cláusulas que integran los acuerdos internacionales de inversiones, reflejan en gran medida la situación de negociación de los participantes.

Las economías en desarrollo o en etapas de transición resultan interesantes para ciertos inversionistas, razón por la cual, solo algunos países como China, Rusia, e India y, para el caso latinoamericano cabe destacar a Brasil¹³⁰, poseen un poder suficiente de negociación previa que permite limitar los riesgos de cláusulas del derecho internacional de inversiones, impactando directamente la solución de controversias entre los inversionistas y el estado, evidenciando una política de inversión un poco más selectiva, al centrarse en la calidad de las inversiones y las actividades sobre ciertos sectores prioritarios.

En ese sentido, si se puede definir mejor el papel de la inversión extranjera desde el inicio de una negociación de un tratado o de un contrato, se podrían generar estrategias para el desarrollo y administración de los riesgos derivados de las obligaciones internacionales que pueden generar inconvenientes con el derecho

¹²⁹ **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. CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No 188. Santiago de Chile. Organización de las Naciones Unidas, 2009, p. 26. (en línea). Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/330492020.pdf>, Fecha de consulta: agosto de 2019.

¹³⁰ La mayoría de ellos han suscrito acuerdos pero muchos de ellos no han sido ratificados, en los acuerdos simplemente se evidencian listas “positivas de obligaciones” sin establecer derechos, adolecen de cláusulas como la de nación más favorecida, o trato justo y equitativo, o protección plenas, o de llegar a existir tienen notas específicas y limitativas de interpretación, y en muchos de esos acuerdos no existen cláusulas de arbitraje internacional para la solución de controversias entre inversionistas y Estado. **MORTIMORE, Michael.** *Op. Cit.*, p. 26.

nacional. Así pues, encontramos algunas estrategias que permiten la gestión de los riesgos, dentro de las cuales podríamos destacar: limitaciones a los recursos y procedimientos, interpretaciones específicas sobre el alcance de ciertas cláusulas y la no ratificación de ciertos acuerdos.

Ahora bien, frente a los acuerdos ya en vigencia, consideramos que no queda más remedio que gestionar los riesgos¹³¹, puesto que las obligaciones internacionales que han sido aceptadas deben gozar de respeto, pero sobre todo, debe brindársele al inversionista extranjero seguridad jurídica en pro de garantizar su inversión. En ese sentido, cabe mencionar que la idea de incluir las cláusulas de arbitraje internacional para las controversias entre los inversionistas y el Estado, fue pensada para otorgar seguridad jurídica y dar a los inversionistas, soluciones rápidas, efectivas y económicas a las controversias relativas a su inversión y, en consecuencia, estimular los flujos de inversión extranjera en países receptores¹³².

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarnos entonces si las cláusulas de arbitraje en los tratados internacionales de inversión justificarían los eventuales riesgos que supone la suscripción y ratificación de los mismos, o de implicarlos, si el Estado podría hacer algo para modular los efectos de dichas contingencias.

Para responder lo anterior, debemos decir que una de las principales consecuencias del uso de estos procedimientos de arbitraje de inversión internacional, es la facultad de determinar la legalidad de los actos soberanos delegada de manera voluntaria a árbitros privados. Esta circunstancia se deriva primero, de la vaguedad de los términos y de las cláusulas mismas y, segundo, por la extensa discrecionalidad con la que cuentan los árbitros en la toma de sus

¹³¹ *“El marcado incremento de la cantidad de casos de arbitraje internacional basados en tratados, de 10 en 1998 a más de 300 en 2007, fue el primer indicador de que los procedimientos a partir de las cláusulas de arbitraje entre los inversionistas y el Estado en los acuerdos internacionales de inversión evidenciaban un nuevo riesgo, importante para los países receptores. Tras analizar la evolución de las decisiones basadas en esas cláusulas y algunos de sus principales problemas, la UNCTAD concluyó que ningún país puede estar seguro de que su acuerdo internacional de inversión no sea cuestionado ante los tribunales internacionales”.* **MORTIMORE, Michael.** *Op. Cit.*, p. 31

¹³² *“La relación costo beneficio de las garantías que ofrecían estas cláusulas no puede evaluarse estadísticamente, sino que debe considerarse de manera dinámica, ya que las pérdidas en el corto plazo pueden conducir a ganancias en el largo plazo o las ganancias en el corto plazo pueden conducir a pérdidas en el largo plazo.”.* *Ibidem*, p. 32

decisiones, lo que da lugar a interpretaciones amplias de los dispositivos normativos que configuran el derecho aplicable a la controversia.

En ese sentido, dichas cláusulas son una limitación clara al poder soberano de los estados, quienes contarán con un disminuido margen de discrecionalidad en la interpretación de las obligaciones internacionales aceptadas y que protegen las inversiones extranjeras, generando como consecuencia, un evidente traslado de los riesgos a los países receptores de la inversión.

Es así como, por ejemplo, la cláusula de trato justo y equitativo cuya significación es determinada en función de las circunstancias específicas de aplicación, generalmente cuenta con un alto nivel de incertidumbre en relación con los términos utilizados en su redacción¹³³, permitiendo así, pensar que no se trata de circunstancias casuales, sino que más bien se premedita con el fin de darle a los árbitros la posibilidad de articular una variedad de principios con el propósito de proteger los derechos del inversionista en una controversia determinada¹³⁴. Lo anterior entonces, permite suponer que se trata de una estándar que está diseñado para llenar vacíos en diferentes situaciones y de esta manera garantizar a los inversionistas niveles altísimos de protección internacional, lo que ha implicado para los estados, la materialización de riesgos entre ellos, el pago de indemnizaciones ordenadas en los laudos.

En este sentido, las normas son tan flexibles y la indeterminación en el derecho internacional de inversiones es tan amplia que algunos tratados se refieren al trato justo y equitativo de acuerdo con principios del derecho internacional, otros lo asocian al derecho internacional consuetudinario. Asimismo, se pueden encontrar otras normas convencionales, donde dicha obligación está referida o asociada al estándar mínimo de trato a extranjeros, como también otros acuerdos, que han

¹³³ “El análisis jurisprudencial del contenido y alcance del estándar de trato justo y equitativo se liga a su categorización como autónomo o perteneciente al estándar mínimo internacional consuetudinario. Esa escogencia asume grandes implicaciones en el margen de responsabilidad usado por los árbitros al momento de revisar el ejercicio regulatorio del Estado demandado. Asimismo, esa selección atenúa o fortalece el sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero, reflejándose en el alcance que el derecho internacional le brindaría para la defensa de sus intereses”. **CASTILLO MENESES, Yadira**. *Op. Cit.*, p. 132.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 132-147.

optado por combinar el trato justo y equitativo con las obligaciones de trato nacional y de la nación más favorecida¹³⁵.

En consecuencia, es innegable la flexibilidad y la sumisión de algunos estados en el momento de la aceptación de dichos tratados, sumada a la interpretación de normas ambiguas sobre lo que debería entenderse como trato justo y equitativo, lo que en últimas, termina traducándose en una gran discrecionalidad otorgada a los árbitros que se materiliza en sus laudos arbitrales.

Según la UNCTAD la consecuencia de las diversidad de decisiones arbitrales hasta la fecha en cuanto al estándar o la obligación de trato justo y equitativo es que esta disposición puede interpretarse, ya no como aplicable a lo que podría considerarse un abuso de poder de tipo gubernamental, sino a un uso abierto y deliberado del poder público, que no cumpla con los requisitos de la buena gobernanza, la transparencia, la protección de las expectativas legítimas y razonables de inversionistas, y el debido proceso¹³⁶.

En consecuencia, todos los riesgos que nacen a partir de la situación descrita anterioremente, pueden terminar generando una parálisis regulatoria y/o una pérdida total o parcial del control estatal de sus políticas públicas y estrategias de desarrollo, así como la reducción de sus espacios políticos. En ese sentido, los estados se han visto en la necesidad de administrar los riesgos en la materia a través del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos, en detrimento de garantizar la satisfacción de necesidades apremiantes de su población, incluso, aun cuando se presentan situaciones complejas de pobreza¹³⁷.

Ahora bien, frente a la cláusula de *expropiación indirecta*¹³⁸, los riesgos son menores, puesto que este tema se ha resuelto mediante el establecimiento de

¹³⁵ *Ibidem*,

¹³⁶ UNCTAD. "Investor-State disputes arising from investment treaties: a review", *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (UNCTAD/ ITE/IIT/2005/4), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, 2005, p. 39

¹³⁷ MORTIMORE, Michael. *Op. Cit.*, p. 43

¹³⁸ La *expropiación indirecta* es aquella interferencia regulatoria o de política del Estado sobre el uso o la destinación que realiza un inversionista extranjero sobre su inversión, a tal punto que, a través de dicha medida estatal, se disminuye el valor o el goce de la inversión. No es la invasión física o jurídica de los bienes

condiciones que de cumplirse o no, legitimarían las expropiaciones y/o las nacionalizaciones directas. Entre ellas podemos destacar, que la medida sea tomada con fines de tipo público de acuerdo a lo establecido en la ley, sin que dicha nacionalización sea realizada de forma discriminatoria y por supuesto se entregue la compensación respectiva. Ahora bien, la discusión se tensiona respecto a la expropiación indirecta, la cual es progresiva y supone una serie de medidas gubernamentales conducentes a la disminución del valor económico de la inversión, pues una interpretación amplia de esta disposición, conllevaría a la materialización de ciertos riesgos y, en consecuencia, genera una limitación en márgenes regulatorios de un Estado, por ejemplo, creando riesgos de parálisis regulatoria, conllevando a los estados a evitar cumplir sus funciones legítimas de carácter regulatorio, por el temor de resultar inmerso en demandas de inversionistas extranjeros¹³⁹.

No obstante lo anterior, no se trata de escenarios globales que se presenten en todos y cada uno de los países o tratados, pues el debate sobre el margen de regulación ha dependido de las estrategias de política exterior que cada Estado ha decidido implementar. Por ejemplo, en los acuerdos comerciales con Estados Unidos se encuentran disposiciones que sugieren una amplia limitación de las políticas de regulación estatales de los países receptores, y sus posiciones en litigios arbitrales han estado ligadas a la defensa absoluta de los derechos de propiedad privada y la responsabilidad de los países receptores¹⁴⁰.

Por su parte, las posiciones de los países europeos, aunque no son muy distantes de la que precede, reconoce en mayor grado la función social de la propiedad, dando a entender que debe primar el interés general sobre el particular. Sin embargo, aunque se trata de posiciones de política exterior, las cláusulas de los

lo que cobra importancia en la determinación de si ha existido o no una expropiación indirecta: es la erosión de derechos asociada con la interferencia del Estado en los derechos de propiedad. **TUTASAURA CASTELLANOS, Oscar.** “La expropiación indirecta en el derecho”, en: Portafolio. Bogotá, noviembre 1 de 2007. (En línea). Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/expropiacion-indirecta-derecho-311758>

¹³⁹ **UNCTAD.** World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International. Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, 2003, p. 111

¹⁴⁰ **MORTIMORE, Michael.** *Op. Cit.*, p. 37.

tratados son similares a las que proponen los Estados Unidos y han sido defendidas en controversias de orden arbitral de forma similar, es decir, permitiendo que sean las autoridades de adjudicación, las determinen en sus decisiones, la interpretación y el alcance al respecto¹⁴¹.

Ahora bien, en relación con la cláusula de trato nacional, que busca, en principio, que el trato a los extranjeros no sea menos favorable que el que se le da a los inversionistas nacionales, es decir, el espíritu del estándar lo que busca es garantizar un trato en “circunstancias similares”. Bajo ese entendido, en caso de no cumplirse con ese estándar, un inversionista extranjero podrá demandar, alegando discriminación sobre la base de esta norma. En un escenario que quepa dentro de lo anteriormente descrito, los árbitros deberán hacer una identificación de los sujetos, una comparación del tratamiento y una observación de si los sujetos comparados están en circunstancias similares, revisándose si hay factores que justifiquen esas diferencias y, si efectivamente hay un trato diferente¹⁴².

En el mismo escenario, las controversias sometidas al mecanismo arbitral también podrán nacer a partir de situaciones que, *per se*, no necesariamente tienen como objetivo un trato discriminatorio, pero que en la práctica y en relación con un caso en concreto, tienen el efecto de dar un trato menos favorable a los inversionistas extranjeros, si se compara, en circunstancias similares con las condiciones de las que gozan los nacionales de un Estado¹⁴³.

Ahora bien, en cuanto a la cláusula de nación más favorecida su interpretación y alcance está referida a la obligación que tienen los países receptores de otorgar a los inversionistas extranjeros un trato que no sea menos favorable al que ya se ha otorgado a inversionistas extranjeros de cualquier tercer Estado y sus inversiones. La interpretación de este dispositivo, al igual que las demás cláusulas, varia dependiendo del tratado, incluyendo un estándar de protección amplio o

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties, 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, 2006, p. 48.

¹⁴³ *Ibidem*.

restringido y dejando, como siempre, amplias facultades de interpretación para la autoridad de solución de controversias.

El riesgo principal sobre este tipo de cláusula se materializa en la posibilidad de ser empleada para ampliar el alcance de derechos de tipo procesal y sustantivo, incluso mucho más allá de lo establecido en el acuerdo sobre el que se genera la controversia, lo que ha implicado aval del Estado receptor para que inversionistas extranjeros puedan elegir desde diversos acuerdos internacionales de inversión las disposiciones más favorables, generando así una considerable incertidumbre para los gobiernos receptores¹⁴⁴.

Otro punto neurálgico se refiere específicamente a la cláusula de definiciones y se concentra en aquello que se pueda pactar en relación con los conceptos mismos de inversionista e inversión extranjera, puesto que esto determina el alcance de los TBI, como por ejemplo el establecimiento de aspectos como los tribunales competentes y la jurisdicción específica de los mismos. Frente a estas cláusulas, debe decirse que no existe una definición única y restrictiva, situación que permite la materialización de ciertas circunstancias riesgosas. Así pues, el riesgo principal se concentra en que las acciones son adquiridas por inversionistas de otros países con la intención de modificar las jurisdicciones, pues muchas veces no se da el control respectivo, permitiendo a inversionistas directos o indirectos extender el uso de garantías del arbitraje, como por ejemplo la estabilización en contratos estatales¹⁴⁵.

Ahora bien, en este tema en particular existen unas disposiciones particulares que son las que más interés pueden generar en relación con el presente análisis y, son aquellas que se conocen como las cláusulas de estabilización contractual, las cuales surgieron para reducir o minimizar los cambios regulatorios, convirtiéndose en mecanismos de protección reforzada para el inversionista extranjero en el Estado receptor. Dichos escudos son herramientas usadas por inversionistas extranjeros para proteger los contratos de anulaciones de conformidad con el

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Para ver una situación similar, se puede consultar el Caso TSA contra Argentina.

derecho interno, modificaciones en tasas, pagos de regalías y garantías mínimas o específicas en materia ambiental¹⁴⁶.

Este tipo de disposiciones pueden ser formuladas y puestas en los contratos de varias maneras, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

1. Como cláusulas de equilibrio económico, las cuales requieren que el inversionista cumpla con leyes nuevas, pero exigen que este sea compensado por los costos del cumplimiento específico. Dichas compensaciones involucran aspectos de tipo arancelario, reducción o disminuciones impositivas, extensión de las concesiones o incluso, compensaciones de tipo monetario;
2. Como cláusulas de congelamiento, las cuales buscan la intangibilidad de las condiciones contractuales o de los proyectos derivados del tratado, exigiendo la imposibilidad de modificación del derecho doméstico del Estado receptor y;
3. Como cláusulas híbridas, encontramos aquellas en las que se dispone que el Estado ponga al inversionista en la posición previa a los cambios normativos, lo que incluye, según se establezca en el contrato, excenciones de aplicación normativa respecto de nuevas leyes.

El riesgo para el Estado receptor por este tipo de cláusulas se conjuga en la medida que, una vez establecidas en los contratos estatales, éstas son generadoras de expectativas legítimas de protección a la inversión. En consecuencia, lo anterior se traduce en limitaciones sobre la facultad soberana de regulación y protección a cargo del Estado en diferentes temáticas, entre las que se destacan los derechos humanos, el medio ambiente, la seguridad social y la salud¹⁴⁷.

¹⁴⁶ **SHEMBERG, Andrea.** "Stabilization clauses and human rights". Documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IID)/South Center, Marrakech, 2008, p. 4. (En línea). Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/502401468157193496/pdf/452340WPOBox331ation1Paper01PUBLIC1.pdf>

¹⁴⁷ **MORTIMORE, Michael.** *Op. Cit.*, p. 42

Ahora bien, teniendo en cuenta todo lo que precede, es preciso llamar la atención de los estados que, como Colombia, han decidido dentro de su política exterior abrirse ampliamente a la inversión extranjera, puesto que dichas circunstancias, *per se*, implican los riesgos que hemos mencionado, sin llegar a decir que, no puedan existir otros riesgos en la materia. Asimismo, es importante no dejar a un lado, que los riesgos se pueden profundizar a través de las interpretaciones amplias de las cláusulas señaladas, pues de cierta manera se ha autorizado a los árbitros internacionales, como en el caso de análisis, a revisar actos administrativos que generan afectaciones directas o indirectas respecto de los activos, los bienes o las utilidades esperadas por los inversionistas extranjeros y, a su vez, han incentivado de manera directamente proporcional, el aumento de procedimientos de arbitraje inversionista – Estado. En consecuencia, y a riesgo de ser reiterativos, supone limitaciones del espacio regulatorio estatal, así como al cumplimiento de objetivos de política pública, lo que a su vez, supone trasladar los riesgos adicionales a los Estados receptores de dichas inversiones, los cuales pueden catalogarse como “no previstos” ni en las negociaciones de los acuerdos internacionales de inversión, ni tampoco en la suscripción de los contratos estatales.

En otras palabras, los riesgos a los que hacemos mención, se ven traducidos en inhibiciones del actuar gubernamental, puesto que los compromisos generadores de derechos a los inversionistas bloquean los diferentes mecanismos de acción pública. Incluso, de no ser así, los riesgos pueden ser de un mayor calibre, ya que sin las restricciones mencionadas, podría haber un aumento considerable de los costos financieros de decisiones adversas que involucran, condenas, intereses de mora, costas y gastos asociados al litigio mismo.

Finalmente cabe destacar que la asunción de estos riesgos no necesariamente se ha traducido en mayores y mejores cantidades de inversión, no obstante, esa una afirmación que supondría un análisis caso por caso en relación con los diferentes estados receptores, puesto que dichos resultados dependerán de sus mercados y de su crecimiento económico. Asimismo, podríamos afirmar que la asunción de

altos niveles de riesgo, por lo menos en países en desarrollo para atraer inversión extranjera directa parece que, no necesariamente ha garantizado menores probabilidades de condena en arbitrajes de inversión.

Hoy por hoy, los países han ido aprendiendo de los problemas surgidos en la materia relacionada, y por esta razón, es importante explorar diferentes tipos de soluciones. Por eso no deben descartarse posibilidades como la renegociación de los tratados; la implementación, cuando sea posible, de reservas y/o declaraciones interpretativas sobre ciertas cláusulas con aclaraciones sobre las obligaciones sustantivas y procesales¹⁴⁸; el establecimiento de limitaciones a la aplicación de garantías como nación más favorecida y; el surgimiento de reglas para futuros procedimientos de arbitraje, que permitan guiar las interpretaciones de los tribunales¹⁴⁹.

En atención a lo anterior, podría observarse la experiencia que en otras latitudes se ha presentado¹⁵⁰. Así pues, las tendencias actuales en los países asiáticos están dirigidas al empleo de cláusulas de escape que permitan, entre otras cosas,

¹⁴⁸ Ese es el caso de la reciente sentencia C-252 de 2019 de la Corte Constitucional de Colombia en la que se analiza la constitucionalidad de la ley 1840 de 2016, la cual es la ley aprobatoria del tratado de protección a las inversiones celebrado entre Francia y Colombia. En dicho fallo, la Corte encontró que varias de las disposiciones contenían obligaciones y expresiones inciertas, que iban en contra del principio de seguridad jurídica, lo que suponía que del texto no se podía desentrañar el porte de las obligaciones internacionales allí consignadas.

¹⁴⁹ *“Noruega suspendió las negociaciones de los acuerdos bilaterales de inversión a mediados de los años noventa debido a su preocupación por las limitaciones que podrían imponer a la capacidad del gobierno de regular y expropiar con un fin público, lo que se garantizaba en la constitución nacional. Ese país finalmente optó por un nuevo modelo que definía estrictamente la expropiación de acuerdo con las disposiciones del derecho internacional, salvaguardaba la libertad reguladora general del Estado en su propio territorio e introducía una fórmula de compensación distinta de la de compensación pronta, justa y efectiva. De este modo Noruega definió un estándar de expropiación que cumplía con el nivel de protección que deseaba para los inversionistas extranjeros, al mismo tiempo que mantuvo la capacidad de regular en función del interés público sin temor a recibir reclamos de compensación.”*. MALIK, Mahnaz. “Recent developments in the definition of investment in international investment agreements”. Documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 2008. (En línea). Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2008/dci_recent_dev.pdf Fecha de consulta: agosto de 2019.

¹⁵⁰ SAKONG, Il; KOH, Youngsun. La economía coreana. Seis décadas de crecimiento y desarrollo. (Traducido por la CEPAL). Santiago de Chile, ONU-CEPAL – KDI – KCLAC, 2010, pp. 182-187. (En línea). Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1449/4/S1800642_es.pdf Fecha de consulta: agosto de 2019.

el mantenimiento de niveles de discrecionalidad nacional, el establecimiento de márgenes reducidos de inversiones extranjeras y, la fijación de definiciones limitadas de lo que puede entenderse por aquella junto con un alcance restringido para procedimientos de arbitraje¹⁵¹. En ese sentido, pareciera esencial que las economías de países en desarrollo, deben comenzar a revisar las líneas de decisión arbitrales, para centrarse en mejorar la gestión de los riesgos derivados de la propia aceptación del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

Finalmente, para concluir con esta breve introducción del presente capítulo, determinar si un país realiza una adecuada gestión de los riesgos que supone la aceptación de cláusulas sobre arbitraje internacional inversionista – Estado, es necesario tener en cuenta diferentes elementos, entre los cuales podemos destacar:

- La capacidad de negociación de disposiciones en los acuerdos;
- Las orientaciones básicas de interpretación en los acuerdos de este tipo;
- La calidad de las políticas públicas en materia de inversión por parte del país receptor;
- La naturaleza de las inversiones.

Frente al primer elemento, como ya se señaló anteriormente, dependerá de las posiciones estratégica y económica a la hora de realizar negociaciones por parte

¹⁵¹ “Aun en lo relativo a la tendencia de firmar acuerdos comerciales regionales con algunos de los países más activos de origen de la inversión en Asia, como el Japón y Singapur, algunos países asiáticos en desarrollo, como Filipinas y la India han demostrado su capacidad de negociar acuerdos comerciales regionales con límites significativos respecto de los riesgos del arbitraje. En el caso del acuerdo comercial regional de Filipinas con el Japón, no se dio abiertamente ningún consentimiento para los procedimientos de arbitraje y se incluyó una excepción general para invalidar las disposiciones sobre inversiones (y evitar las interpretaciones amplias que podían reducir el espacio de la política nacional para regular), para permitir que los gobiernos de los países receptores tomaran las medidas necesarias para proteger la vida humana, animal y vegetal, o la salud, así como la moral pública o mantener el orden público. Los compromisos para una liberalización limitada de la inversión extranjera se incluían en una lista positiva y los procedimientos de arbitraje no estaban abiertos a inversionistas extranjeros para las controversias relativas al establecimiento, la adquisición o la expansión de la inversión extranjera. Además, para limitar las posibles interpretaciones amplias, no se incluyeron el trato de la nación más favorecida, el trato justo y equitativo o la plena protección, ni las garantías de seguridad y se incluyeron cláusulas similares a las de los acuerdos de los Estados Unidos y el Canadá con respecto a la expropiación indirecta (Investment Treaty News, 2005). Por lo tanto, una cantidad de países asiáticos en desarrollo demostraron que los acuerdos internacionales de inversión, que incluyen los acuerdos comerciales regionales, podían negociarse de manera que se limitaran los procedimientos de arbitraje.”. **MORTIMORE, Michael**. *Op. Cit.*, p. 47

de un Estado. Para el caso concreto, no se trataría de negociaciones, pues a la fecha los acuerdos se encuentran suscritos y ratificados por el Estado colombiano, razón por la cual, en este momento se debe velar por el establecimiento de gestiones adecuadas de riesgos que involucran su administración y monitoreo.

En lo que tiene que ver con las orientaciones básicas también ya lo hemos mencionado con anterioridad, pues el diseño de las cláusulas influirá de manera directamente proporcional al límite o alcance de las posibles interpretaciones a realizarse y de la cantidad de litigios que se presenten.

En cuanto a la calidad de las políticas, también se mencionaron varios aspectos. No obstante, es importante tener en cuenta que, los países que en sus estrategias de desarrollo cuentan con políticas a largo plazo, con funcionarios capacitados de manera adecuada, con entornos institucionales coordinados y eficientes, con condiciones estables en materia de seguridad jurídica, económica y ambiental; que a su vez tienen claro desde la norma internacional los márgenes nacionales de regulación e interpretación normativa y, aplican políticas de manera coherente y ordenada, serán estados que, probablemente, en materia de arbitraje internacional reflejarán esas mismas prioridades.

En ese sentido, es plausible afirmar que la aplicación correcta y coherente de una agenda clara de política exterior, de políticas públicas coherentes de seguimiento y monitoreo a compromisos internacionales, junto con una gestión de riesgos eficaz que involucre administración seguimiento y monitoreo en posibles controversias y arbitrajes Inversionista – Estado, dará mejores resultados a países como Colombia que tienen economías emergentes.

Finalmente, frente a los costos financieros derivados de las controversias de inversión (indemnizaciones, intereses, honorarios de los árbitros, honorarios de los abogados y gastos administrativos), se puede considerar que se trata de onerosas cuantías que teniendo en cuenta el PIB de un Estado en desarrollo, como los de América Latina¹⁵², son cifras importantes que impactarían gravemente las finanzas

¹⁵² Si se toman en cuenta únicamente los principales daños evaluados sin incluir los intereses acumulados u otros costos no evidentes, los laudos otorgados por los tribunales del CIADI en el caso de países de América

públicas, poniendo en peligro la estabilidad económica y social de una Nación, razón por la cual, la mejor defensa en estos menesteres, es evitar a toda costa perder el control de una controversia permitiendo activar la competencia de una autoridad arbitral internacional.

En cuanto a las interpretaciones amplias, por los términos vagos y otras posibles ambigüedades que dan a los tribunales amplia discrecionalidad a la hora de tomar sus decisiones, especialmente sobre cláusulas de interpretación expansiva como trato justo y equitativo, expropiación indirecta, y cláusula de nación más favorecida, los Estados tienen dos opciones: la primera de ellas, es dejar de negociar, o la segunda seguir negociando, pero esto deberá implicar una mejora en la gestión de riesgos.

3.1. Análisis Normativo

Teniendo en cuenta lo señalado en los apartes anteriores para la gestión de las controversias internacionales de inversión, el Estado colombiano ha expedido diferentes normas y documentos, que no solo dan evidencia del conocimiento de las circunstancias riesgosas que suponen algunos compromisos internacionales de manera genérica, sino que han propuesto diversas estrategias para enfrentar las posibles situaciones, especialmente aquellas que se refieren a la falta de conocimiento del derecho internacional, su falta de aplicación por parte de los operadores jurídicos nacionales y la eventualidad de controversias internacionales en materia de inversión.

Latina y el Caribe superan los 1.000 millones de dólares, de los cuales más de 900 millones corresponden a la Argentina. Los demandantes en seis casos del CIADI contra la Argentina recibieron más de 100 millones cada uno. Para mayor información, consultar las siguientes decisiones: Siemens (Caso CIADI N° ARB/02/8), Azurix (Caso CIADI N° ARB/01/12), CMS Gas Transmission Co. (Caso CIADI N° ARB/01/08), Sempra (Caso CIADI N° ARB/02/16), Enron (Caso CIADI N° ARB/01/3), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A (Caso CIADI N° ARB/03/17).

Así pues, haremos un breve análisis de dichos instrumentos nacionales, con el fin de determinar si dentro del derecho colombiano, la administración cuenta con mecanismos idóneos para la gestión de la problemática en análisis.

En ese sentido, nos concentraremos en los siguientes documentos:

- Conpes 3135 de 2001
- Conpes 3684 de 2010
- Decreto 1939 de 2013 Por medio del cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se deroga el Decreto N°1859 de 2012.
- Directiva Presidencial N° 4 de 2018.
- Directiva Presidencial N° 2 de 2016.

1. Conpes 3135 de 2001 Sobre Lineamientos de Política para las Negociaciones Internacionales de Acuerdos de Inversión Extranjera¹⁵³

El Consejo Nacional de Política Económica y Social - CONPES para el año 2001 expidió un documento sobre el desarrollo de lineamientos de política para las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión extranjera, y en dicho documento se establece lo siguiente:

Como justificación principal encontramos que el estado colombiano observa que un gran número de países y en especial aquellos en vía de desarrollo, mantienen una fuerte competencia por atraer flujos de inversión extranjera hacia sus economías, y esto, los ha llevado a utilizar políticas e instrumentos para su fomento, tales como la suscripción de acuerdos internacionales de promoción y

¹⁵³ El Consejo Nacional de Política Económica y Social- CONPES Creado por la Ley 19 de 1958 constituye la máxima autoridad nacional de planeación, y se desempeña como organismo asesor del Gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país, coordinando y orientando los organismos encargados de la dirección económica y social en el Gobierno a través de estudios y aprobación de documentos sobre el desarrollo de políticas generales que son presentadas en sesión.

protección a las inversiones, los cuales buscan ofrecer a la inversión extranjera, un tratamiento justo, otorgando garantías y protección.

Ahora bien, la inversión extranjera directa tiene algunas ventajas¹⁵⁴, entre ellas el impulso del crecimiento, la productividad y la eficiencia económica junto con la obtención de ingresos de tipo fiscal.

No obstante lo anterior, es importante analizar este aspecto de manera crítica, pues lo que desde nuestra perspectiva puede ser considerado como inconveniente, es la “*competencia*” generada y aceptada por el Estado, con otros países en vía de desarrollo por la obtención de estos flujos, puesto que, esto ha llevado a naciones como Colombia a aceptar condiciones inviables, que teniendo en cuenta el tamaño y el músculo financiero de las multinacionales, involucran demasiada influencia sobre las decisiones políticas adoptadas¹⁵⁵. Lo anterior, sumado a la presión existente sobre posibles demandas en tribunales de arbitraje de inversión y el impacto fiscal de tales asuntos¹⁵⁶.

Ahora bien, en el documento Conpes aquí señalado, posteriormente se determina el contenido de los acuerdos internacionales de inversión extranjera y menciona que, en todos los casos, estos acuerdos contienen cláusulas referentes a ámbitos de aplicación, definiciones, admisión y promoción de las inversiones, estándares de tratamiento, expropiación e indemnización, transferencia de utilidades o

¹⁵⁴ Para evaluar los beneficios de una inversión en particular, o la cartera de inversión extranjera directa que ingresa a un país en vías de desarrollo, existen al menos diez beneficios claves: (1) ayuda al crecimiento del país, a reducir la pobreza y a aumentar los ingresos; 2) alienta una estructura que conlleva a la inversión productiva; 3) son recursos menos volátiles que otros flujos de capital; 4) puede ayudar a un alza en la recaudación impositiva; 5) puede generar “transferencia de tecnología” y “transferencia de capacidad de gerencia; 6) puede mejorar la capacitación y salarios de la fuerza laboral; 7) puede mejorar el acceso a los mercados de exportación; 8) pueden generar demanda extra de la producción de empresas locales; 9) puede traer aportes de menores costos para proveedores locales; y 10) puede mejorar la balanza de pagos y la cuenta de capital del país receptor. **MARTI GUTIÉRREZ, Adolfo.** *¿Qué Efectos reales tiene la inversión extranjera en un país?* (En línea) Disponible en: <https://hoy.com.do/que-efectos-reales-tiene-la-inversion-extranjera-en-un-pais/> Fecha de consulta: Agosto de 2019.

¹⁵⁵ **ROBAYO GALVIS, Wilfredo.** “Responsabilidad de empresas transnacionales y comercio justo” en: Comercio justo, globalización y medio ambiente. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 391-424.

¹⁵⁶ Para obtener mayor información, se puede consultar el siguiente link: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/48526/1/M%C3%A1s%20contenidos%20L1.%20VENTAJAS%20E%20INCONVENIENTES%20DE%20LA%20INVERSI%C3%93N%20EXTRANJERA%20DIRECTA..pdf>

beneficios, repatriación del capital, solución de controversias, etc. Sin embargo, en ninguna parte especifica el tratamiento o la interpretación limitada o restrictiva que deberían tener cada una de las mencionadas disposiciones, situación que puede suponer condiciones gravosas para el Estado, pues este tipo de documentos que, en principio, deberían dar lineamientos generales a los equipos negociadores, no abarcan los temas específicos, haciendo que sea tal la generalidad, que el instrumento resulte ser bastante superfluo.

En ese sentido, lo que el documento hace es explicar las garantías que se le reconocen a los inversionistas a través de este tipo de normas convencionales, no teniendo en cuenta, que cada tratado es un proceso de negociación distinto y que cada una de las cláusulas de protección allí consignadas, pueden tener un espectro de aplicación diferente, en tanto que los tratados son regímenes jurídicos autónomos e independientes. Así pues, el análisis de estos tratados y de las cláusulas que contienen, debe depender del caso en concreto, con el fin de limitar su interpretación en pro de los intereses del Estado. En ese sentido, consideramos que los análisis generales y abstractos pueden constituirse en generadores de riesgos.

Posteriormente, el documento hace mención a otros asuntos y en particular al estado de las negociaciones emprendidas por Colombia, resaltando que nuestro país, en el ámbito bilateral y a partir de 1994, ha emprendido una política de negociación de tratados de inversión. Así pues, a la fecha de la expedición del documento citado, Colombia había establecido contacto con cerca de 40 países, iniciando negociaciones para efectos de la celebración de dichos tratados. Es de resaltar, que el instrumento en comento, señala que mientras Colombia contaba para la fecha con, apenas, 5 acuerdos suscritos¹⁵⁷, países vecinos y competidores en materia de atracción a la inversión extranjera como Perú, Chile y Bolivia, ya contaban con 23, 29, y 18 acuerdos suscritos respectivamente.

¹⁵⁷ En la actualidad, Colombia cuenta con 7 tratados bilaterales de inversión vigentes: Perú, Japón, China, India, Suiza, Reino Unido y España) y, 10 capítulos de inversión dentro de los Tratados de Libre Comercio: Canadá, Estados Unidos, México, Triángulo Norte (Guatemala, El Salvador y Honduras), Costa Rica, Chile, Corea del Sur, Estados AELC (Islandia, Noruega Liechtenstein y Suiza), Unión Europea y Alianza del Pacífico.

Ahora bien, bastaría revisar los indicadores que demuestran cuáles y cómo han sido los impactos de dichas inversiones en los países mencionados, con el fin de determinar si se trata de un escenario favorable o si, por el contrario, encarna sofismas de distracción¹⁵⁸. En ese sentido, es claro que aunque este tipo de inversión trae aspectos positivos para las economías nacionales, también puede generar una competencia dañina para las empresas locales, afectando la economía nacional o sectores y subsectores de la economía interna¹⁵⁹.

Asimismo, el Conpes señala que para obtener mejores resultados es necesario ajustar los criterios de la política de negociación, permitiendo eliminar los obstáculos que enfrenta el país al momento de negociar estos acuerdos. Sin embargo, reconoce que dichos esfuerzos no son suficientes, haciéndose necesario, redefinir la posición de Colombia en algunas áreas que le son indispensables, con el fin de imprimirle una mayor dinámica a las negociaciones.

Frente a este punto específico, es claro el lineamiento del Gobierno Nacional de dicho momento, al considerar que es necesario ceder con el fin de otorgar “*dinámica a la inversión*”. Consideramos que dicho aspecto puede resultar nocivo para los intereses nacionales, pues en lugar de promover una reserva y/o limitación de las interpretaciones normativas de los acuerdos negociados, busca darle rienda suelta a la inversión, situación que contraría una adecuada gestión de los riesgos, en la que se deberían evaluar las situaciones puntuales y calificar los mismos. No obstante, dicho aspecto está ausente en el documento de lineamiento de política pública.

Más adelante, el mismo documento en su tercera parte establece la denominada “*Propuesta de lineamientos de Política*” y señala, entre otros asuntos, los siguientes:

¹⁵⁸ MARTI GUTIÉRREZ, Adolfo. *Op. Cit.*

¹⁵⁹ Y por si lo anterior no fuera suficiente, se sabe que hay riesgos adicionales de generación de monopolios en los mercados, lo que llevaría a la provocación de protestas sociales, “paros” y pérdidas económicas en sectores internos; sin desconocer, lo que a nivel ambiental implica para el país la entrada de varias de estas inversiones, específicamente sobre el sector extractivo.

- Frente a temas laborales, se deja claro que hasta el momento Colombia ha mantenido la posición de no incluir temas laborales en los acuerdos de inversión, pero que es una temática cada vez más común a nivel mundial. Además señala que teniendo en cuenta que para algunos países esto es de gran importancia, Colombia podría involucrar temas relacionados con asuntos laborales en los acuerdos de inversión, “solo en los casos en los que sea imprescindible, para el país con el que se está negociando. (...)”

En relación a este punto, debe mencionarse que el lineamiento es demasiado abierto y no se tiene claro si el reconocimiento de los derechos laborales en los acuerdos de comercio permitirá reforzar o no la escasa efectividad de tales derechos en los ordenamientos jurídicos internos de los países latinoamericanos.

- En cuanto a los temas ambientales, el Conpes ha determinado que, al igual que con los temas laborales, Colombia debe mantener una posición de no involucrar dichos aspectos en los acuerdos de inversión, Sin embargo, menciona el documento, que para algunos países este tema es de gran importancia. Por esta razón, y solo en los casos en que el tema sea imprescindible para el país con el que se está negociando, se podrá hacer alusión a los temas ambientales en los acuerdos de inversión y precisa que, esta inclusión deberá cumplir con las siguientes condiciones:

1. Que se respete la legislación interna.
2. Que se respeten los acuerdos internacionales suscritos por Colombia en materia ambiental.
3. Que no se acepte ningún vínculo entre esta inclusión y cualquier tipo de sanciones, incluidas las comerciales y,
4. Que no se establezca ningún tipo de monitoreo o de seguimiento a las políticas internas. Asimismo se debe procurar que se otorgue asistencia técnica a los sectores determinados por el Gobierno Nacional.

En relación a este punto, consideramos que en múltiples ocasiones los intereses económicos pueden entrar en conflicto con los intereses de protección ambiental, puesto que existe una fuerte tensión entre la liberalización comercial y la

protección al medio ambiente. Algunos economistas argumentan que es mejor mantener fuera del proceso de creación de acuerdos comerciales temas como el de control a la contaminación y la administración de recursos naturales o poner estos temas en contextos mucho más amplios y tolerantes¹⁶⁰.

Precisamente, un muy buen número de disputas en materia de inversión extranjera que han surgido en la última década, están relacionados con conflictos entre regulaciones domésticas de protección al medio ambiente y las reglas relativas al comercio internacional¹⁶¹.

Es importante advertir sobre el particular, que la preocupación central no es la reducción al mínimo de los estándares de protección medioambiental, sino la posibilidad de que la integración económica cree una dinámica de negociación en la cual los estándares sean fijados estratégicamente con un ojo puesto en la carga que produce el control a la contaminación, donde el resultado puede ser, sin lugar a dudas, un conflicto de orden político, traducido en estándares ambientales de segunda categoría para algunos estados. Así pues, estaríamos en presencia de un debilitamiento de las regulaciones de tipo ambiental y podría cimentar la idea de que los estándares ambientales podrían o no ser estrictos, lo que permitiría concluir que en algunos lugares pueden ser violados¹⁶².

Para finalizar este aparte sobre el documento en mención, consideramos que pese a las falencias señaladas en líneas precedentes, en general se trata de un instrumento insipiente, en tanto que, un lineamiento de política pública debería incluir además de los aspectos generales del contexto, algunas directrices en relación con la implementación, la ejecución, el seguimiento y la evaluación de la situación allí señalada, explicando de manera detallada, cuál es el lineamiento de

¹⁶⁰ ESTY, Daniel. Comercio Internacional y Medio Ambiente, (En línea) Disponible en: <http://www.oas.org/dsd/Tool-kit/Documentosspa/ModuloI/Esty%20Lecutra%20en%20Espanol.pdf> Fecha de consulta: Septiembre de 2019, p. 16.

¹⁶¹ Sobre este punto basta echar un vistazo a las controversias de inversión que aqueja al Estado colombiano, particularmente aquellas relativas a la explotación de recursos naturales, entre los cuales podemos destacar los dos principales que son: *Eco Oro Minerals Corp. v. República de Colombia* y *Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy, Inc. v. República de Colombia*.

¹⁶² ESTY, Daniel. *Op. Cit.*, p. 16.

política pública que se reformula y porqué se reformula el anterior, a partir de un análisis o relación de costo-beneficio, sustentada en soportes técnicos, jurídicos o financieros, situación que no ocurre con el Conpes objeto de análisis.

Adicionalmente, el lineamiento debería incluir las falencias que se encontraron asociadas al lineamiento que se modifica, las alternativas posibles y la designación de responsables para el seguimiento respectivo¹⁶³.

En ese sentido, consideramos que resultaría ideal que estos documentos, pudiesen describir de manera detallada las problemáticas y los riesgos asociados a la celebración de este tipo de acuerdos, tanto para el Estado colombiano como para inversionistas extranjeros, presentando una serie de insumos que soporten las afirmaciones que allí se consignan, de tal manera que se presente la evidencia cuantitativa y cualitativa, que demuestre el alcance del problema y proponga las posibles alternativas de solución.

2. Conpes N° 3684 de 2010. Fortalecimiento de la estrategia de Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión

El Consejo Nacional de Política Económica y Social- CONPES para el año 2010 nuevamente expide un nuevo documento, esta vez sobre lineamientos para el fortalecimiento de la estrategia de Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión y, en dicho instrumento se establecen diferentes puntos que a continuación comentaremos.

En principio, afirma que una de las políticas del Gobierno Nacional para atraer inversión extranjera es la negociación y celebración de acuerdos internacionales de inversión, los cuales, crean el marco predecible de reglas para reducir los riesgos no comerciales de los inversionistas extranjeros en el país.

¹⁶³ **Fiscalía General de la Nación**. Lineamientos para documentos de política pública – Dirección de Políticas y Estrategia – Fiscalía General de la Nación. En línea. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Lineamientos.pdf> p. 3. Fecha de consulta: Septiembre de 2019.

En línea con lo que precede, considera que el impacto de estos instrumentos sobre el aumento de los flujos de inversión, no depende solamente de la cantidad de acuerdos de protección a las inversiones suscritos, sino de la adecuada implementación de los compromisos internacionales adquiridos en virtud de estos acuerdos y, de las garantías que otorgue el país para su cumplimiento. Esto hace necesario preparar al país para prevenir y atender eficazmente las controversias derivadas de los acuerdos.

Sumado a lo que anterior, menciona dicho documento que el Gobierno Nacional debe crear las condiciones que permitan mejorar el aprovechamiento de estos acuerdos. En un primer momento, esto implica adelantar un trabajo orientado a disminuir los riesgos de incumplimiento de las obligaciones internacionales pactadas bajo los acuerdos internacionales de inversión. Ante la contingencia de eventuales controversias, se requiere adelantar acciones de fortalecimiento institucional y ajuste normativo que mejoren la capacidad del estado de defenderse.

Además, el presente documento propone los ajustes requeridos para prevenir y atender las controversias internacionales de inversión.

Así pues, resulta evidente del análisis sucinto de los documentos de 2001 de 2010, una diferencia importante, en tanto que, en el segundo momento el Estado colombiano ya era más consciente de la importancia, tanto de prevenir como de atender de manera eficaz las controversias de inversión, sin olvidar, adelantar labores orientadas a disminuir los riesgos relacionados con este tipo de acuerdos.

En ese sentido, se podría afirmar que hay mayor claridad sobre el impacto de estos acuerdos y, como consecuencia, sobre el incremento del flujo de inversión extranjera directa, circunstancia que no depende solamente de la cantidad de acuerdos de protección a las inversiones suscritos, sino de la adecuada implementación de los compromisos internacionales adquiridos en virtud de los mismos, y de las garantías que otorgue el país para su cumplimiento. Así las cosas, se trata de un distanciamiento de la posición de competir con otros estados en desarrollo, por la suscripción de acuerdos, dejando a un lado la idea de que el

Estado más competitivo resulta ser el que mayor cantidad de tratados ha aceptado internacionalmente.

Ahora bien, en el documento también se señala que en los últimos tres Planes Nacionales de Desarrollo se incluyeron políticas específicas para la atracción de inversión extranjera directa¹⁶⁴ y enlista los acuerdos internacionales de inversión vigentes a la fecha de expedición del documento¹⁶⁵, agregando que los acuerdos

¹⁶⁴ “El Plan Nacional de Desarrollo (PND) 1998 -2002 “Cambio para construir la Paz” adoptado mediante la Ley 509 de 1999, propuso impulsar en el Congreso de la república una reforma constitucional tendiente a modificar el artículo 58 de la Carta Política, en el sentido de eliminar la expropiación por razones de equidad, sin indemnización, atando esta propuesta a las consecuencias favorables y directas que tendría para la celebración de acuerdos internacionales de inversión. Mediante el acto legislativo 1 de 1999, se cumplió con este objetivo. El Conpes 3135 de 2001 definió supuestamente los lineamientos de negociación de este tipo de acuerdos.”

Posteriormente, el Plan Nacional de Desarrollo 2002-2006 “Hacia un Estado comunitario” adoptado mediante la Ley 812 de 2003, planteó la suscripción de tratados bilaterales de inversión como política pública encaminada al desarrollo económico.

Y posteriormente, el plan Nacional de Desarrollo 2006 – 2010 “Estado Comunitario: Desarrollo para Todos”, establece en materia de inserción internacional y facilitación del comercio seguir apoyando las negociaciones que se llevan a cabo tanto en el ámbito multilateral como en el ámbito bilateral con el propósito de fomentar la inversión extranjera y el comercio de bienes y servicios.

Específicamente, el capítulo IV del DNP 2006 – 2010 se refiere a la necesidad de implementar políticas tendientes a incrementar los montos de inversión en el país, para lo cual es necesaria la creación de condiciones que atraigan inversión extranjera directa. Por su parte, las estrategias transversales de desarrollo empresarial, innovación y desarrollo tecnológico contenidas en el PND, contemplan la inserción internacional y la facilitación del comercio.

En materia de negociaciones internacionales de inversión y servicios, el PND propone fortalecer “(...) los estándares de protección ofrecidos a los inversionistas extranjeros y a los inversionistas colombianos en el extranjero, a través de acuerdos sobre la materia: acuerdos de promoción y protección de inversiones y tratados de libre comercio. (...)

Así mismo, el PND 2006- 2010 propone que se implemente un programa de fortalecimiento del Estado en su capacidad para disminuir los riesgos de incumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas (i. e. El respeto a los derechos de los inversionistas extranjeros y a sus inversiones) y resolver las controversias internacionales de inversión. Específicamente recomienda que se implementen acciones de coordinación y capacitación interinstitucionales que redunden en una eficiente y eficaz defensa de Colombia en estas controversias. Al mismo tiempo busca que se implementen instrumentos jurídicos de derecho interno que permitan detectar las modificaciones regulatorias o legales necesarias para mejorar el clima de inversión.

Y el programa de Gobierno 2010 – 2014 siguió la línea de los 3 Planes anteriores, donde en su iniciativa denominada “*Colombia exporta*” se plantea impulsar la atracción de inversión extranjera buscando la generación de valor agregado. **Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación - DNP.** Documento N° 3684 Fortalecimiento de la estrategia del estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión, (En línea), Disponible en: https://www.nuevalegislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes_3684.pdf, p 6.

¹⁶⁵ Según el documento y a la fecha encontrándose vigentes los APPRI con Perú (Ley 279 de 1996 y Ley 801 de 2003 (Protocolo Modificatorio) con España (Ley 1069 de 2006) y con Suiza (Ley 1198 de 2008) encontrándose en proceso de revisión para la fecha y por la Corte Constitucional el APPRI con Perú profundizado (Ley 1342 de 2009) En el Congreso encontrándose en proceso de aprobación los acuerdos con

suscritos por Colombia contienen mecanismos jurídicos para la solución de controversias existentes entre inversionistas extranjeros y el Estado y, que dichos mecanismos facultan al inversionista para demandar al país ante tribunales internacionales especializados en inversión¹⁶⁶. Finalmente, es importante tener en cuenta, que a la fecha de elaboración del documento, el Estado colombiano no había sido demandado por parte de ningún inversionista extranjero con fundamento en un acuerdo internacional de inversión¹⁶⁷.

Ahora bien, posteriormente y dentro del marco conceptual, el documento establece que con este tipo de acuerdos lo que se pretende es lograr una regulación clara y precisa para que la inversión extranjera directa sea más transparente, predecible y segura, y por ende, más atractiva para los extranjeros,¹⁶⁸ señalando que las principales obligaciones incorporadas en este tipo de acuerdos versan sobre:

China, India y Reino Unido. Se suscribió acuerdo con Corea del Sur. Se cerró la negociación con Kuwait y están en proceso de negociación los acuerdos con Japón y Emiratos Árabes.

En materia de tratados de libre comercio que incorporan capítulos de inversión, en el documento se menciona que se encuentran vigentes los siguientes: México – Ley 172 de 1994, Chile – Ley 1189 de 2008, y Triángulo Norte – Guatemala, El Salvador y Honduras (El 12 de noviembre de 2009 entró en vigencia con Guatemala, el primero de febrero de 2010 con el salvador y el 20 de marzo de 2010 con Honduras) Encontrándose en proceso de negociación para la fecha el TLC con Panamá y con Corea del Sur. Adicionalmente se menciona que están suscritos sin entrar en vigencia tratados de libre comercio que contienen capítulos de inversión con: Estados Unidos (Ley 1143 de 2007 y 1166 de 2007 – Protocolo Modificatorio), Asociación Europea de Libre Comercio - AELC ley 1372 de 2010, Canadá (Leyes 1359, 1360 y 1363 de 2009) y Unión Europea (Proceso Legislativo en trámite). **Ibidem**, p 7.

¹⁶⁶ El mismo documento Conpes menciona que por ejemplo la sección B del capítulo 10 del TLC suscrito entre Colombia y España, dispone que, una vez el inversionista ha optado por no dirimir su controversia ante cortes o tribunales locales y agotada una etapa preliminar de negociaciones directas entre el inversionista extranjero y el Estado implicado, aquel (el inversionista) está facultado para demandar a este (El Estado) ante un Tribunal internacional conformado, bien sea bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo y Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) o de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o de un tribunal ad-hoc designado por las partes en disputa.

¹⁶⁷ **Ibid**, p 8

¹⁶⁸ El Conpes menciona que los acuerdos internacionales de inversión pueden ser de 2 tipos: 1. Con Capítulos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio, e incluyen las reglas que acuerden los países en materia de inversión como parte del tratado, incorporando otras materias como acceso a mercados, normas de origen, propiedad intelectual, y servicios. 2. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones – APPRI- donde el acuerdo versa únicamente sobre inversión, pudiendo incorporar disposiciones sobre otros ámbitos, en la medida que estén estrechamente relacionadas con inversión, por ejemplo medio ambiente. Y menciona que Durante las últimas décadas el número de AII suscritos en el mundo ha tenido un crecimiento acelerado. Para finales de 2009 se habían firmado alrededor de 2750 APPRI y 295 Acuerdos de

- Reducción de obstáculos a la inversión¹⁶⁹;
- Mejores estándares de tratamiento a los inversionistas¹⁷⁰;
- Protección extranjera¹⁷¹.

En ese sentido, una de las características que debe ser resaltada de las controversias que, eventualmente, pueden surgir bajo este tipo de acuerdos, se refiere a que la responsabilidad patrimonial de una posible condena recae sobre el Estado independientemente del nivel (local o nacional) de la entidad que genere el hecho ilícito internacional. Así por ejemplo, una medida adoptada por una empresa pública municipal puede desencadenar una condena que el Estado está obligado a pagar, independientemente de la capacidad de la empresa para responder por sus compromisos.

Más adelante el documento aborda la evolución de las controversias internacionales de inversión en el mundo y menciona que con el aumento de la suscripción de estos tratados, proporcionalmente se han incrementado también el número de demandas interpuestas ante Tribunales internacionales, tanto que para el año 2009, los casos conocidos con fundamento en estos acuerdos ascendió a 357¹⁷².

En relación con el diagnóstico, el Conpes menciona que el problema central radica en la vulnerabilidad del Estado frente a las demandas de los inversionistas extranjeros, fundamentadas en los acuerdos internacionales de inversión, puesto

Integración Económica (que incluyen disposiciones en materia de inversión y su número sigue en aumento. *Ibidem*, p 8 -9.

¹⁶⁹ Implicando las disminuciones de las restricciones a la admisión y al establecimiento de la inversión. *Ibidem*, p 9.

¹⁷⁰ Buscando evitar tratamientos discriminatorios o arbitrarios a las inversiones que provengan de cualquiera de los países que suscriben los acuerdos. Esta parte comprende las cláusulas de trato nacional (trato no menos favorable al concedido a inversionistas nacionales), trato de Nación más favorecida y nivel mínimo de trato. *Ibidem*, p 9.

¹⁷¹ Se establecen compensaciones por expropiación, se garantiza la libertad de transferencias y se imponen mecanismos de solución de controversias. *Ibidem*, p 9

¹⁷² Para el año 2002 se viene presentando una tendencia en la que el número de demandas por año oscila entre 28 y 48 evidenciando que el arbitraje internacional de inversión dejó de ser una excepción y pasó a ser parte del panorama normal en temas de inversión, puesto que de acuerdo a UNCTAD, al menos 81 Gobiernos (49 en vía de desarrollo, 17 países desarrollados, 15 con economía en transición). *Ibidem*, p 11-12.

que el país no está preparado para prevenir y solucionar de manera oportuna y eficaz, las posibles controversias que surjan de la aplicación o inaplicación de dichos tratados, ya que el esquema de gestión internacional de los intereses nacionales actual, no puede prevenir y atender este tipo de controversias debido a varias razones: en primer lugar, dada la novedad y complejidad de los acuerdos de protección a las inversiones; en segundo lugar, la exigencia en materia de conocimientos técnicos y; en tercer lugar, la falta de experiencia del país en dichos litigios, dado que nunca ha sido demandado por vía de este mecanismo. En ese orden de ideas, se concluye que se hace urgente la implementación de los ajustes requeridos.

Frente a esto, debemos decir que es preocupante que en un documento tan técnico, se señale la falta de competencia del Estado para la prevención de este tipo de hechos, más aún, después de celebrados tantos acuerdos de protección a las inversiones. Así las cosas, pareciera ser que el Estado a través de sus negociadores, no era realmente consciente de las implicaciones, los compromisos y los derechos que estaba otorgando a través de estos convenios.

Aunque lo mencionado en los párrafos anteriores ya genera una preocupación mayúscula, el documento señala aún más problemáticas en torno al tema. Así pues, unido al problema central mencionado, debemos sumar el desconocimiento de los funcionarios públicos, de todos los niveles, sobre el alcance de los tratados de inversión, lo que en consecuencia hace más probable, que se verifiquen acciones y omisiones del Estado, que violen los compromisos internacionales pactados. En ese sentido, consideramos que no se trata de una preocupación en vano, pues sin lugar a dudas, el desconocimiento de las obligaciones internacionales pactadas en favor de los inversionistas, lleva indefectiblemente a interpretaciones unilaterales basadas en normas nacionales, que precisamente, son las que conducen a la materialización de hechos ilícitos internacionales, generadores, a su vez, de responsabilidad internacional del Estado. Prueba de ello es el caso concreto de análisis del presente trabajo, donde es evidente el desconocimiento de la norma internacional aplicable por parte de los organismos

de control, e incluso, de quienes ostentaron la calidad de Contralor(a) General de la República, frente a la aplicación del derecho internacional, cometiendo así múltiples errores, que permiten al inversionista alegar la violación de la obligación de trato justo y equitativo por parte del Estado.

Llama bastante la atención que el documento Conpes señale que la defensa del Estado puede llegar a no ser eficaz y que, incluso, el Estado no cuente oportunamente con los recursos necesarios para asumir los costos de los procesos y de las posibles condenas, sumado a que este tipo de factores aumenta el riesgo de incurrir en montos más elevados para la representación legal y para las eventuales conciliaciones en procesos de arreglo directo¹⁷³.

Frente a lo anterior, debe señalarse que para el año 2018 existían cerca de 3322 tratados de inversión¹⁷⁴ y para junio de 2019 el CIADI tenía registrados 728 casos¹⁷⁵, observándose que cada laudo es disertado y comentado por expertos de todas las partes del mundo, algunos con más rigor que otros, así que teniendo en cuenta el gran número de ellos y la literatura actual, no se entiende porqué dicha afirmación en un documento de política pública, puesto que el estado colombiano debería estar listo y preparado para atender este tipo de controversias. Además de lo anterior, cada día se hace más evidente la necesidad de contar con profesionales expertos en derecho internacional que capaciten a los funcionarios de todos los niveles que tengan contacto con este tipo de obligaciones internacionales, y no dejar dicha responsabilidad solamente en la Cancillería, en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MINCIT) y en la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

Respecto al costo de acudir a estas autoridades de solución de controversias internacionales, las estadísticas sitúan una media de 4.9 millones de dólares

¹⁷³ *Ibidem*, p 13.

¹⁷⁴ **Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo**. La Inversión y las Nuevas Políticas Industriales, Informe sobre las inversiones en el mundo 2018, UNCTAD (En línea), Disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf Fecha de consulta: Septiembre de 2019.

¹⁷⁵ **CIADI**. Carga de casos del CIADI — Estadísticas edición 2019-2. Disponible en: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

aproximadamente en gastos para resolver un conflicto en un tribunal internacional de arbitraje¹⁷⁶, mientras que, en caso de ser condenado el Estado, los laudos reflejan un coste real que puede alcanzar unos cuantos de millones de dólares. No obstante, predecir los costos sigue siendo un gran reto al que se enfrentan los estados, pues el monto de cada una de las controversias dependerá de las pretensiones del inversionista demandante. Lo cierto es que el Estado será obligado a responder, en caso de perder, con los presupuestos oficiales. Pese a todo aquello que se refiere a los gastos y costos del proceso, tanto inversionistas como expertos en arbitraje de inversión, defienden este mecanismo de solución de controversias por varias razones, entre las cuales deben destacarse: la seguridad jurídica que se ofrece, la obligatoriedad de las decisiones y la rapidez con la que se resuelven los conflictos precisamente por la existencia de menos instancias¹⁷⁷. Sin embargo y pese a todos los reparos que podamos encontrar a estos mecanismos, lo cierto es que se trata de un derecho que tienen los inversionistas, reconocido dentro de los acuerdos de protección a las inversiones, al que el Estado ha accedido sin restricciones asumiendo entonces, los eventuales impactos fiscales que se puedan generar con ocasión de este tipo de procesos jurisdiccionales.

¹⁷⁶ **Asuntos Legales.** Bogotá, 5 de marzo de 2018; disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-defensa-del-estado-en-controversias-internacionales-cuesta-us35-millon-2605846>. Consultado el 18 de noviembre de 2019.

¹⁷⁷ *Un ejemplo es el último arbitraje internacional en el que se ha visto envuelta España, que acumula casi una treintena de reclamaciones de fondos de inversión por la modificación de la normativa en el sector de los renovables. En el primer laudo dictado, solo los costes del propio CIADI ascienden a cerca de un millón de dólares. La factura del presidente del tribunal ascendió a 278.000 dólares (235.796 euros), incluyendo sus honorarios y los gastos en los que incurrió durante el proceso (como viajes.) A esta cifra hay que sumar el coste de los otros dos árbitros. Uno ascendió a 150.541 euros y el segundo a 105.172 euros. El Ciadi ingresó como gastos administrativos un poco más de 80.000 euros. Además también cuenta con una partida denominada gastos directos, que ascendió a 238.000 euros y que, según explica el propio laudo, incluye el servicio de mensajería internacional para comunicar el fallo a las partes, la impresión y copias del mismo. A esta cantidad hay que sumar los gastos legales que reconoce cada una de las partes: 4.3 millones de libras (demandante) y 2,9 millones de euros (demandado). A un cambio de divisa constante, donde todo el proceso está valorado en cerca de 8,5 millones de euros. En este caso el fondo logró un laudo a su favor por 128 millones de euros, es decir que el coste total del proceso supuso un 4% de la cantidad que estaba en juego. Otro factor a tener en cuenta es el reparto de las costas Por ejemplo, en este caso, el Ciadi estableció que cada uno se hiciera cargo de su parte. Sin embargo, las normas de esta Corte dejan total discreción al tribunal a la hora de distribuir gastos, por lo que cabe la posibilidad de una condena a que una de las partes sufrague todo el arbitraje.” **Diario Expansión.** ¿Cuánto cuesta acudir a un arbitraje internacional?, (En línea), Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/09/26/59ca961046163f29768b457a.html> Fecha de consulta: septiembre de 2019.*

No obstante la afirmación poco afortunada que mencionamos en el párrafo anterior, según el documento Conpes la experiencia internacional sirve para ilustrar la magnitud del riesgo que se enfrenta, citando como caso dramático a la República de Argentina, que como consecuencia de las medidas adoptadas tanto por el Congreso como por el Ejecutivo, en busca de paliar la crisis fiscal y monetaria a finales de 2001, fue demandado internacionalmente cuarenta y dos veces, posicionando a dicha nación en el continente americano, como el país con mayor número de controversias inversionista-estado¹⁷⁸. La magnitud de la situación de los litigios de inversión de la Argentina fue tal, que supuso para el año 2006, que los reclamos constituyeran el 50% del presupuesto anual de la administración pública y representaban el 10% del producto interno bruto (PIB) del país austral¹⁷⁹.

De colosal importancia resulta el análisis que hace el documento de la situación de un país de la región, pues lo que se reporta allí, da cuenta de los enormes impactos fiscales que puede sufrir un Estado de cara a este tipo de litigios.¹⁸⁰

En ese mismo sentido, valdría la pena destacar la afectación que sufre la credibilidad internacional del Estado, tanto por el mensaje que refleja directamente el incumplimiento de cara a sus compromisos, como por la seriedad que debe mostrar el mismo, en el cumplimiento de las eventuales condenas. Cualquiera de estas dos aristas mal manejadas, podría suponer un efecto contrario al esperado

¹⁷⁸ **CORTEZ PEREZ, Ignacio.** “Experiencia Argentina en la defensa de las reclamaciones inversionista Estado” Seminario organizado por la OEA administración del régimen de los tratados de libre comercio, Ciudad de Puebla, México 22-24 marzo de 2006.

¹⁷⁹ *El PIB de Argentina es alrededor de unos 100.000 millones de dólares norteamericanos.* **CORTEZ PEREZ, Ignacio.** “Experiencia Argentina en la defensa de las reclamaciones inversionista Estado” Seminario organizado por la OEA administración del régimen de los tratados de libre comercio, Ciudad de Puebla, México 22-24 marzo de 2006.

¹⁸⁰ El documento Conpes señala que en cuanto a los costos de procedimiento para 2010: “*en un mecanismo de solución de controversias, existen muchas variables que dificultan su estimación, Algunos de los fallos de arbitraje Inversionista – Estado durante 2008 ilustran sobre los costos del arbitraje y las tarifas legales en las que incurrieron las partes en controversias de inversión. Por ejemplo, los costos del arbitraje en el caso Nacional Grild vs. Argentina (UNCITRAL) ascendieron a 1.3 millones de dólares, (de los cuales 1 millón corresponde a los honorarios de los árbitros), mientras que en el caso Pey Casado v. Chile, alcanzaron los 4.2 millones de dólares. En cuanto a las tarifas y los costos legales de las partes, en el caso Palma Consortium v Bulgaria, las del demandante ascendieron a 4.6 millones de dólares y las del demandado fueron de 13.2 millones de dólares.* **Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación - DNP.** Documento N° 3684. *Op. Cit.*, p 15.

en materia de inversión extranjera directa, donde en lugar de estimularla, puede desincentivarla.¹⁸¹

Ahora bien, dentro de los ejes problemáticos destacados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social se destacan los siguientes:

- La inexistencia de una estrategia coordinada, bajo una cabeza visible que administre las controversias internacionales de inversión;
- La falta de claridad sobre los recursos presupuestales para enfrentar una controversia inversionista – Estado;
- Los procedimientos administrativos no garantizan una adecuada prevención y/o defensa en una controversia internacional de inversión contra el estado colombiano.

Sobre estos puntos en particular, haremos unas breves anotaciones:

- La inexistencia de una estrategia coordinada, bajo una cabeza visible para administrar las controversias internacionales de inversión

El documento menciona que amparado en las facultades otorgadas por la Ley 790 de 2002, el Gobierno expidió algunos decretos que reorganizaron el esquema institucional del Estado. Así pues, encontramos el Decreto- Ley 210 de 2003 que determinó los objetivos y la estructura orgánica del Ministerio de Comercio Industria y Turismo y, de acuerdo con las funciones asignadas en los artículos 10 y 17, dicha cartera ministerial quedó encargada de gestionar la solución de controversias relativas a la inversión¹⁸².

¹⁸¹ *Ibidem*, p 15.

¹⁸² Contando entonces el Ministerio con la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios- DIES – la cual está encargada de liderar todos los asuntos relacionados con las políticas de promoción de la inversión extranjera, la identificación de sus obstáculos, las negociaciones de los AII y, particularmente, actúa como facilitador de acuerdos amistosos en las diferencias sobre AII encontrándose dentro de sus funciones las siguientes: “Artículo 17. Dirección de Inversión Extranjera y Servicios. Son funciones de la Dirección Extranjera y Servicios, las siguientes:
(...) 2. Promover la adopción de normas sobre inversión extranjera, identificar los ajustes necesarios en el marco legal tendientes al mejoramiento del clima de inversión y promover su adopción. 3. Preparar las

Sobre el particular son varios los aspectos que se podrían comentar, sin embargo, en específico consideramos que la delegación de dicha función al MINCIT, podría ser una decisión equivocada, puesto que la entidad encargada de la promoción de la inversión extranjera directa, no debería ser la misma que se encargue de gestionar los conflictos o controversias del Estado en la materia¹⁸³. Más aún si dentro de la estructura interna estatal, ya se cuenta con una institución como es la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, la cual, no solamente puede ser más competente, sino, también, contar con un mayor grado de objetividad para el manejo de estos asuntos.

En ese orden de ideas, consideramos que en relación a la defensa jurídica de controversias internacionales relativas a inversión, lo fundamental no es centralizar las funciones y el manejo de los temas en una sola entidad, sino que los responsables de dicha defensa, la adelanten de manera eficaz, eficiente y adecuada. No obstante, es, para nosotros, claro que la mejor defensa es la prevención, razón por la cual, como lo propendremos, la defensa de los intereses del Estado debe partir de una adecuada gestión de riesgos y una línea de política pública clara sobre la negociación de estos acuerdos.

- La falta de claridad sobre los recursos presupuestales para enfrentar una controversia inversionista – Estado.

negociaciones comerciales y de integración económica en los temas de su competencia y participar en ellas. Para tal efecto, deberán establecerse mecanismos permanentes y eficaces que garanticen la participación del sector privado en las negociaciones. (...) 6. Hacer seguimiento a controversias surgidas entre inversionistas extranjeros y entidades gubernamentales de cualquier nivel, y actuar cuando a ello haya lugar, como facilitador en un acuerdo amistoso. (...) 9. Liderar y coordinar la formulación de la estrategia de promoción del país como receptor de inversión extranjera, de acuerdo a los lineamientos del Consejo Superior de Comercio Exterior y del Consejo Nacional de Política Económica y Social – Conpes. 10. Promover antes las diferentes dependencias gubernamentales la simplificación de trámites, la estabilidad jurídica, y la transparencia y en general todas aquellas medidas destinadas a mejorar el clima de los negocios para los inversionistas extranjeros en el país. 11. Procurar la eliminación de obstáculos identificados por los extranjeros.

¹⁸³ Al interior del Ministerio de Comercio también existe en la estructura orgánica la oficina de Asuntos Legales Internacionales, dependencia que actualmente se encarga de representar al estado en las controversias internacionales de carácter comercial. En materia de solución de diferencias de AI tiene la siguiente función: Artículo 10. Oficina de Asuntos Legales Internacionales: Son funciones de la Oficina de Asuntos Legales Internacionales las siguientes: (...) Realizar permanente seguimiento a los esquemas de solución de diferencias pactadas entre inversionistas extranjeros y entidades públicas, para proponer mecanismos expeditos de solución de diferencias y una estrategia nacional en materia en la materia, en coordinación con dichas entidades.

El Conpes es claro al establecer que en una eventual controversia internacional de inversión, el esquema presupuestal actual no satisface la necesidad de contar oportunamente con los recursos para cubrir honorarios de abogados, gastos de viajes, peritos, traducciones, tarifas de árbitros, tribunales de arbitramento y todos los demás rubros a los que haya lugar con ocasión de un litigio.

Adicionalmente, de manera categórica el mismo documento señala que en los casos de arbitraje internacional, el periodo transcurrido entre la fecha de notificación de intención de arbitraje por parte del inversionista hasta la solicitud de arbitraje es aproximadamente de tres meses, término en el que el Estado ha debido actuar con rapidez en la defensa de sus intereses, contratando los servicios de abogados expertos y atendiendo los costos que implica la participación en un tribunal internacional. Adicionalmente, el pago de los laudos arbitrales tiene fechas límite para su cumplimiento y el incumplimiento de los mismos, genera intereses moratorios.

En igual sentido, se menciona como necesario el hecho de definir cuál será la entidad encargada de pagar los costos asociados al proceso de arbitramento: honorarios de abogados, peritos, viajes, traducciones, tarifas del tribunal, honorarios de los árbitros y otros gastos asociados. Frente a lo anterior, consideramos pertinente que el Estado en el marco de la gestión de la defensa de sus intereses, podría considerar la creación de un fondo específico sin personería jurídica, administrado por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado o el Ministerio de Comercio, en el que se reúnan los recursos que únicamente serán ejecutados para la atención litigiosa de las controversias en esta materia.

- Los Procedimientos Administrativos no garantizan una adecuada prevención y/o defensa en una controversia internacional de inversión.

De acuerdo a lo establecido en el documento Conpes, no existe un procedimiento administrativo que garantice la recolección del material probatorio necesario para la estrategia de defensa, puesto que la entidad que generó el incumplimiento no está obligada más que a lo establecido en el marco jurídico general, teniendo que suministrar, únicamente y de manera oportuna, la información a las entidades

encargadas de la defensa nacional. Sobre el particular, debemos poner en evidencia algunos vacíos jurídicos, en tanto que en nuestras normas de procedimiento, no se le ha asignado a ninguna entidad la potestad o la competencia, de recolectar el material probatorio, las evidencias y/o la información necesarios para el desarrollo de procedimientos de arbitraje internacional.

A lo anterior, se suma el carácter de confidencialidad que debería tener la información, sin embargo, nuevamente es preciso señalar que no existen procedimientos claros que regulen la información, ni el manejo adecuado de la misma¹⁸⁴.

Adicionalmente, la falta de capacitación de funcionarios técnicos, que a partir de sus actuaciones o respuestas de manera directa o indirecta, pueden afectar los intereses de los inversionistas. A la fecha de expedición del Conpes, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, había realizado 18 talleres de capacitación sobre obligaciones derivadas de los Acuerdos de Protección a las Inversiones, solo en algunas ciudades del país, a saber: Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla, Santa Marta, Pasto y Cúcuta. A través de dicha iniciativa, se lograron capacitar 300 funcionarios estatales del orden central y descentralizado.

En relación con lo anterior, consideramos que la cifra de funcionarios capacitados, de acuerdo con lo señalado en el instrumento en mención, resulta insuficiente, puesto que ese número dista enormemente de la cantidad de funcionarios y contratistas del Estado, que de manera directa o indirecta tienen que cruzarse con estos temas. Más aún sí se tiene en cuenta que en la realidad, los grandes proyectos de infraestructura del país se encuentran ubicados, no solo en las principales ciudades, sino en los pequeños municipios, que por Constitución y por

¹⁸⁴ “El mismo documento Conpes se señala que la solución de conflictos genera necesidades de información, y en algunos casos confidencialidad de la misma, (por ejemplo documentos provenientes del Consejo de Ministros, Reuniones para definición de políticas, temas de seguridad nacional entre otros. A manera de ejemplo, tenemos que en algunos casos de arbitraje internacional, las opiniones de los asesores del Estado en una controversia terminan en manos de la contraparte, y a pesar de que las recomendaciones de los abogados tienen carácter reservado y están protegidas por regalas de confidencialidad, cuando hacen parte de los archivos de una entidad pública, pueden ser obtenidos por medio de derechos de petición. Pues solo a través de una Ley se puede establecer de manera expresa que ciertos documentos en poder del Estado tengan carácter reservado.”

Ley, tienen amplias facultades de autonomía administrativa y donde la misma ciudadanía exige a las autoridades locales la protección de derechos que se contraponen a los de inversionistas extranjeros¹⁸⁵.

En ese orden de ideas, la falta de funcionarios con las competencias necesarias para gestionar los temas relativos a la inversión extranjera, aumenta los riesgos de incumplimiento de los acuerdos y puede generar demoras innecesarias o errores irreparables a la hora de enfrentar este tipo de controversias.

Finalmente, el Conpes señala que desde ese momento en adelante, la defensa en las controversias internacionales en las que sea parte la Nación, deberá articularse con la política que se diseñará para definir y coordinar, en todos los ámbitos, las acciones relacionadas con la defensa de los intereses del Estado. En este sentido, los mecanismos de prevención y atención de controversias Inversionista – Estado, deberán ceñirse a los lineamientos e instancias que se definan para la coordinación de la defensa del Estado.

Llegado a este punto del análisis, consideramos importante destacar que según este Conpes, se trazaría una política de prevención y atención de controversias internacionales de inversión, circunstancia que nuevamente, y al igual que en el Conpes del año 2001, no se desarrolló, pues en ninguna parte se establecen los lineamientos, sino que nuevamente se señala que se realizará, sin establecer responsables puntuales, ni fechas específicas.

Ahora bien, en relación con los objetivos de este Conpes, el documento señala uno central, unos de largo plazo y otros específicos. Asimismo cuenta con un plan de acción y uno de financiamiento, acompañado de unas recomendaciones específicas:

¹⁸⁵ Sobre este particular, basta con echar un vistazo a las controversias locales que se han generado frente a los grandes proyectos de explotación minera y petrolera, que han dado como resultado el uso de mecanismos de participación democrática como la consulta popular, en las cuales, las poblaciones locales han rechazado dichos megaproyectos. Podemos destacar los casos del Páramo de Santurbán, Cumaral, Cajamarca, entre otros. Para mayor información se puede consultar: **SEMANA SOSTENIBLE**. Los 9 municipios que le dijeron NO a la minería usando la consulta popular. (En línea). Disponible en: <https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/los-9-municipios-que-le-dijeron-no-a-la-mineria-usando-la-consulta-popular/41872>. Consultado en octubre de 2019.

Objetivo Central:

- ***Fortalecer la capacidad del Estado para prevenir y enfrentar las posibles controversias que surjan de la implementación de All suscritos por Colombia.***

El documento establece:

“Es necesario que Colombia se prepare para asumir los compromisos derivados de los All. Esto implica contar con una estructura institucional eficiente que permita reaccionar rápida y eficazmente para prevenir, atender y defender adecuadamente los intereses del Estado, contando oportunamente con los recursos técnicos y presupuestales necesarios para cumplir con este objetivo.”

B. Objetivo de Largo Plazo:

En el largo las decisiones sobre la estrategia de prevención y defensa del Estado estarán centralizadas. Los funcionarios que puedan afectar las obligaciones de un All, entenderán las consecuencias de sus actuaciones en relación con los tratados. Habrá un grupo de funcionarios altamente capacitados que estarán en condiciones de asesorar las decisiones del Estado en la definición de su estrategia de defensa ante tribunales internacionales. La coordinación interinstitucional será oportuna y eficiente. Los recursos para atender las controversias estarán disponibles oportunamente, a través de un mecanismo que asegure su debida ejecución.

Hasta aquí, debe mencionarse que:

1. Desde la expedición del documento y hasta el momento del presente análisis, es bien sabido que no todos los funcionarios que pueden generar circunstancias que atentan contra las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales de inversión, comprenden las consecuencias de sus actuaciones, incluso, en algunos casos, desconocen sus deberes en relación con dichos compromisos del Estado;

2. Las entidades del Estado no cuentan con expertos altamente capacitados y calificados en los temas de derecho internacional que son claves para la buena gestión y cumplimiento de los compromisos adquiridos. Asimismo, se sabe que se contratan asesores externos e incluso firmas extranjeras para asesorar las decisiones de estrategia de defensa, no obstante no parece ser suficiente con el fin de lograr el cometido.
3. La coordinación entre entidades, aunque está presente en muchas ocasiones, tampoco es eficiente ni oportuna, para la muestra de lo anterior, el análisis del caso concreto objeto de estudio en el presente trabajo.
4. A la fecha se sabe que no existen recursos disponibles para la atención de todas las controversias en curso, considerándose no como relevante el mecanismo que asegure su debida ejecución, sino la disponibilidad oportuna de los mismos, siendo pertinente la creación de un fondo cuenta especial.

C. Objetivos Específicos:

Centralizar la coordinación para la atención de controversias internacionales de inversión.

Es necesario designar una entidad competente encargada de coordinar la acción de las entidades involucradas en una controversia, de ejercer u orientar la defensa del Estado y de actuar como el principal y único interlocutor del Estado frente al inversionista.

La entidad o instancia encargada de coordinar la acción de las entidades deberá contar con facultades suficientes para coordinar trabajo de recolección de pruebas y la imposición de sanciones o amonestaciones por incumplimiento u obstaculización de dicha recolección.

En los casos de arbitraje internacional será fundamental tener redes de comunicación ágiles y adecuadas entre las entidades involucradas, con el propósito de lograr una posición unificada basada en el conocimiento técnico del arbitraje inversionista – Estado y del sector económico involucrado. Adicionalmente será necesario especificar el procedimiento a seguir en caso de que una de las entidades involucradas tenga objeciones a la estrategia de defensa planteada.

Contar con una fuente de recursos presupuestales definida para enfrentar una controversia internacional de inversión.

Es necesario establecer una fuente de recursos clara para atender eficientemente las controversias internacionales de inversión. Es necesario cubrir los gastos y costos previos a una condena tales como: costos administrativos, costas procesales, honorarios de abogados, gastos y honorarios de árbitros y peritos entre otros. El ministerio de Industria y turismo deberá priorizar los recursos destinados a las controversias internacionales de inversión en su presupuesto. Dada la dificultad de hacer una proyección ajustada a las sumas requeridas en esta vigencia para atender este tipo de eventos, se considera apropiado trasladar recursos del Presupuesto General de la Nación anualmente, para reducir los riesgos asociados a la no disponibilidad efectiva de los recursos.

Establecer procedimientos administrativos que garanticen una adecuada prevención y atención de las controversias internacionales de inversión.

El Estado deberá contar con un instrumento jurídico que consagre la competencia a una entidad de recolectar y custodiar el material probatorio y solicitar el envío oportuno de la información para que esta pueda fomentar arreglos amistosos y permita defender efectivamente al Estado.

Así mismo, se requiere una norma de carácter legal que establezca la naturaleza confidencial de los documentos vinculados a las controversias internacionales. Será necesario distinguir entre la información legítimamente requerida como

material probatorio para la presentación de procedimientos, y aquella que pertenece a la estrategia de defensa del Estado.

*Es necesario entrenar y capacitar a los funcionarios públicos que puedan afectar los intereses de inversionistas extranjeros sobre temas de obligaciones, prevención y atención de controversias en materia de inversión.*¹⁸⁶

En suma, y a riesgo de ser reiterativos, debe señalarse que a la fecha la entidad encargada de la coordinación de las entidades involucradas en una controversia inversionista - Estado es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, que cuenta con amplias facultades para coordinar el trabajo intersectorial en materia de arbitraje, situación que como ya hemos mencionado, nos parece poco coherente, puesto que dichas funciones deben estar en cabeza de la ya creada Agencia de Defensa Jurídica del Estado. Más aún, teniendo en cuenta, que quien se encarga de atraer la inversión extranjera y a su vez, de negociar los acuerdos internacionales de inversión, no debería concentrar las funciones de atención de controversias, precisamente cuando hay una entidad que ha sido creada bajo ese objeto y fin.

En cuanto a lo relativo a los recursos y su disponibilidad presupuestal, pese a que es claro que es necesario priorizar los mismos, el documento Conpes no es lo suficientemente preciso para dejar claridad sobre si ello es un ingreso definido por Ley para la atención específica de una o de varias de controversias o si estos recursos una vez transferidos por el Ministerio de Hacienda se entenderán ejecutados cuando sean trasladados, entrando a alguna cuenta especial o si en su defecto, se encontrarán regidos por el principio de anualidad presupuestal.

Finalmente, en cuanto a la capacitación de funcionarios públicos que puedan afectar los intereses de inversionistas extranjeros, consideramos pertinente

¹⁸⁶El documento Conpes menciona que reconociendo que las controversias internacionales de inversión requieren de una atención oportuna, técnica y efectiva, así como del pago oportuno de las eventuales conciliaciones y condenas derivadas de las mismas, el Ministerio de hacienda y Crédito Público evaluará el mecanismo más eficiente para proveer recursos, así como la estrategia mediante la cual se generen los menores costos posibles para el estado, una vez definido este mecanismo, deberá procederse a su implementación. Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación - DNP. Documento N° 3684. Ibídem, p. 27.

señalar que el Estado es consciente de las falencias en este aspecto específico, pero no se proponen soluciones de fondo. Lo único verdaderamente claro, es que es el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, la entidad competente para realizar capacitaciones, puesto que tiene las competencias específicas para ello delegadas y contaría con la disponibilidad presupuestal.

3. Decreto 1939 de 2013 – Por medio del cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se deroga el Decreto N°1859 de 2012.

Este Decreto reglamentario en sus consideraciones, establece que dentro de las condiciones de protección reconocidas a los inversionistas en los Acuerdos Internacionales de Inversión se contempla la posibilidad de iniciar procesos de arbitraje internacional de inversión como medios de solución de controversias surgidas con motivo de la interpretación y/o aplicación de los precitados acuerdos.

Adicionalmente, se considera en dicho instrumento que es indispensable:

- Fortalecer institucionalmente al Estado de cara a la defensa del interés nacional;
- Cumplir los compromisos internacionales contraídos en los tratados de protección a las inversiones y;
- Garantizar la oportuna prevención y la idónea atención de las controversias que surjan con extranjeros.

Posteriormente y dentro de las consideraciones del Decreto, se cita al Conpes N°3684 de 2010, numeral VI, para efectos de mencionar la necesidad de una adecuada coordinación que debe existir al interior del Estado para la atención de estas controversias, señalando así, como indispensable, el establecimiento de una

instancia de decisión de alto nivel de Gobierno, que se encargue de la atención de controversias internacionales de inversión.

Allí mismo, se establece que según lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 6 y el numeral 6 del artículo 17 del Decreto 4085 de 2011, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado debe apoyar al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en la defensa de las controversias internacionales del estado Colombiano y en los procesos que se adelanten en instancias internacionales en relación con las obligaciones contenidas en tratados internacionales en materia de inversión.

Bajo la idea mencionada en los considerandos, en su artículo 2 se establece que su objeto es regular la atención de las controversias internacionales de inversión, en particular en lo referente a la coordinación, orientación y formulación de recomendaciones en relación con las adecuadas acciones que debería desplegar Estado para dicho fin¹⁸⁷. No obstante, consideramos que el objetivo no se cumple, puesto que en el artículo 12¹⁸⁸, se determina que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en conjunto con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, expedirá la reglamentación de lo previsto en el presente Decreto, incluyendo el procedimiento a seguir para la atención de una controversia internacional de inversión.

Es decir, desde nuestro punto de vista, el Gobierno Nacional en cabeza de la Presidencia, teniendo la facultad y la competencia de regular lo pertinente, anuncia vía decreto la reglamentación, pero finalmente termina cediendo las competencias en cabeza de otras entidades, también del Gobierno (Ministerio de Comercio - Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado), pero frente a las que consideramos podría haber observaciones como se ha señalado anteriormente.

¹⁸⁷ **Artículo 2º. Objeto.** El presente decreto tiene por objeto regular la atención de las controversias internacionales de inversión, en particular en lo referente a la coordinación, orientación y formulación de las recomendaciones de las acciones del Estado adecuadas a dicho fin.

¹⁸⁸ **Artículo 12. Reglas de procedimiento.** La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, en conjunto con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, expedirá la reglamentación de lo previsto en el presente decreto; incluyendo el procedimiento a seguir para la atención de una controversia internacional de inversión en Colombia.

Posteriormente, el artículo 3 del Decreto¹⁸⁹ asigna al Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como la instancia de alto nivel del Gobierno encargada de la orientación y formulación de las recomendaciones dirigidas a la idónea atención de las controversias internacionales de inversión, cuya defensa está a cargo del Ministerio de Comercio Industria y Turismo. No obstante, parece no cumplirse con el objetivo de la norma, puesto que la secretaria técnica de esta instancia nuevamente está en cabeza del MINCIT de acuerdo con el artículo 6 del decreto, situación que le da completo control al Ministerio sobre los temas y documentos a discutir en dicha instancia.¹⁹⁰

Así pues, el Ministerio de Comercio tiene las siguientes facultades:

- *Elaborar convocatorias.*
- *Coordinar la preparación de documentos.*
- *Elaborar las actas de las reuniones.*
- *Comunicar a y, si es del caso, notificar a las entidades el contenido de las decisiones de la Instancia de Alto Nivel de Gobierno.*
- *Recibir la información de los inversionistas y demás interesados relativa a controversias de inversión que se considera deba ser abordada en las reuniones de la instancia de Alto Nivel de Gobierno.*
- *Consolidar y actualizar la información relacionada con los datos de funcionarios del nivel directivo o asesor responsable de recibir por la entidad u organismo público al que pertenece toda la información sobre controversias en materia de inversión.*
- *Solicitar a la entidad u organismo involucrado los documentos o pruebas relacionadas con la controversia.*
- *Hacer seguimiento a los compromisos*

¹⁸⁹ **Artículo 3°.** *Instancia de alto nivel de gobierno.* El Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación es la Instancia de Alto Nivel de Gobierno encargada de la orientación y formulación de las recomendaciones dirigidas a la idónea atención de las controversias internacionales de inversión, cuya defensa está a cargo del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

¹⁹⁰ Con “apoyo” del Secretario General de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, o de quien designe el director de la agencia.

- *Diseñar, coordinar y ejecutar programas de divulgación y capacitación sobre acuerdos internacionales de inversión dirigidos a las entidades estatales que por el sector y los asuntos a su cargo resulten estratégicas en la prevención de controversias internacionales de inversión.*
- *Poner en conocimiento de la instancia de Alto Gobierno, las controversias internacionales de Inversión que requiera de apoyo y coordinación de la referida instancia.*

Teniendo en cuenta lo anterior, para nosotros no es claro cuál es el objetivo de vincular a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en dichas circunstancias, teniendo en cuenta que el MINCIT ya es el encargado de la defensa jurídica y técnica del Estado colombiano en las controversias internacionales de inversión y, con la asignación de la Secretaria técnica de esta instancia de alto nivel del Gobierno, lo que se hace es reforzar el poder casi absoluto sobre el desarrollo de todo el proceso, que ya tiene dicha cartera ministerial.

Lo anterior, sumado a que según lo establecido en el artículo 4 del citado decreto, son funciones de la instancia de Alto Nivel del Gobierno:

- “1. Coordinar, orientar y formular las recomendaciones pertinentes sobre las medidas y acciones necesarias para salvaguardar el interés nacional.*
- 2. Estudiar y adoptar las recomendaciones, cuando a ello haya lugar, propuestas por el Grupo de Apoyo interinstitucional, previsto en el artículo 9 del presente Decreto.*
- 3. Formular recomendaciones sobre la aplicación de los mecanismos alternativos de solución de controversias internacionales de inversión diferentes al arbitraje.*
- 4. Recomendar la adopción de medidas o acciones destinadas a resolver las controversias internacionales de inversión que puedan surgir.*

5. *Recomendar la adopción de medidas o acciones necesarias para garantizar la oportuna y continua defensa del Estado en controversias internacionales de inversión.*

6. *Recomendar la contratación de asesores externos.*

7. *Formular líneas generales, como parámetro para efectos de atender las controversias internacionales de inversión, cuando así lo solicite la secretaría técnica.”*

A partir de lo anterior, podríamos llegar a concluir que no existen ni responsables reales, ni acciones concretas en relación con el objetivo de reglamentar la atención de controversias internacionales de inversión, puesto que a todas luces, no hay criterios definidos, ni reglas conforme a las cuales pueda actuar o influir esta instancia.

Posteriormente, el parágrafo 2 del artículo 7 del mismo Decreto, menciona que la Procuraduría General de la Nación podrá ser invitada a las sesiones de Instancia de Alto Nivel de Gobierno. Respecto a esta disposición, consideramos que no solo debería existir la posibilidad de invitar a este organismo de control, sino que, debería ser uno de los miembros de la Instancia de Alto Nivel, junto con la Contraloría General de la República, teniendo en cuenta que, es posible que las actuaciones de dichos organismos pueden ser las causantes directas o indirectas de los hechos ilícitos internacionales que dan origen a la controversia.

4. Directivas Presidenciales

La Presidencia de la República para la gestión de las controversias internacionales de inversión del Estado colombiano ha expedido dos Directivas, las cuales tienen naturaleza jurídica de acto administrativo¹⁹¹:

¹⁹¹“NATURALEZA JURIDICA DE DIRECTIVA PRESIDENCIAL - Es un acto administrativo reglamentario expedido en ejercicio de la función administrativa / DIRECTIVAS PRESIDENCIALES ACUSADAS – (...) Con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, las Directivas Presidenciales mediante las cuales se

- **Directiva Presidencial N° 4 de 2018.** (Dirigida a Ministros de Despacho, Directores de Departamento Administrativo, Superintendentes, Directores, Gerentes, Presidentes de Entidades Centralizadas y Descentralizadas de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional.

En esta, directiva se señala que la suscripción de pactos arbitrales de alcance internacional deberá contar con el concepto favorable del Director de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En todo caso, se prohíbe la suscripción de pactos arbitrales en contratos estatales bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones (CIADI).

Adicionalmente, se determina en dicha Directiva que el arbitraje es internacional, cuando se cumple al menos uno de los elementos previstos en el artículo 62 de la Ley 1563 de 2012¹⁹² y, se destaca que, incluso, en

expiden órdenes, tienen la naturaleza de acto administrativo reglamentario, expedido en ejercicio de una función administrativa, y por lo tanto, se les atribuye la presencia de las notas características que han sido reiteradas por la jurisprudencia del Consejo de Estado. NOTA DE RELATORIA: Sobre la potestad reglamentaria del Presidente de la República, consultar sentencia de 27 de octubre de 2011, Exp.34144, MP. Ruth Stella Correa Palacio” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Hernan Andrade Rincon (E), Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil quince (2015), Radicación número: 11000-03-26-000-2009-00041-00(36760), Actor: Samuel Urueta Rojas, Demandado: Departamento Administrativo de la Presidencia de la Republica, Referencia: Acción Publica de Nulidad.

¹⁹² **ARTÍCULO 62. ÁMBITO DE APLICACIÓN.** Las normas contenidas en la presente sección se aplicarán al arbitraje internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Colombia.

Las disposiciones de la presente sección, con excepción de los artículos [70](#), [71](#), [88](#), [89](#), [90](#) y [111](#) a [116](#) se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en territorio colombiano.

La presente sección no afectará ninguna otra ley colombiana en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

Se entiende que el arbitraje es internacional cuando:

- a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tengan, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus domicilios en Estados diferentes; o
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, está situado fuera del Estado en el cual las partes tienen sus domicilios; o
- c) La controversia sometida a decisión arbitral afecte los intereses del comercio internacional.

Para los efectos de este artículo:

1. Si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
2. Si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.

Ningún Estado, ni empresa propiedad de un Estado, ni organización controlada por un Estado, que sea parte de un acuerdo de arbitraje, podrá invocar su propio derecho para impugnar su capacidad para ser parte en un arbitraje o la arbitrabilidad de una controversia comprendida en un acuerdo de arbitraje.

aquellos casos en los que se cumple alguno de los elementos establecidos en dicha norma para considerar que el arbitraje es internacional, es posible que las partes acuerden un arbitraje nacional.

Sobre este particular, es importante tener presente que la disposición en comento posee un error, pues el foro de arbitraje en calidad de mecanismo de solución de controversias internacionales inversionista –Estado, no está determinado por la aprobación o no del Director de la Agencia de Defensa Jurídica del Estado, sino que es un derecho del inversionista, que se encuentra establecido en una cláusula compromisoria de una norma convencional, la cual estaría vigente desde la entrada en vigor del TBI para el Estado colombiano, previa aprobación del Congreso de la República y revisión por parte de la Corte Constitucional.

- **Directiva Presidencial N° 2 de 2016.** (Dirigida a todas las Entidades públicas, servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas o que ejercen apoyo a la gestión pública, y a misiones o representaciones diplomáticas de Colombia en el extranjero, frente al manejo de información y comunicaciones en el evento de una controversia internacional de inversión existente o eventual.

En esta directiva, se señala que la inversión extranjera es una política pública, que se ha concentrado en la atracción de la inversión extranjera directa (IED), lo anterior, considerando los beneficios que esta tiene para el desarrollo y crecimiento económico del país; que fruto de esta política, Colombia ha suscrito Acuerdos Internacionales de Inversión que incluyen los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) y Capítulos de Inversión dentro de los Tratados de Libre Comercio (TLC).

El documento señala que con ocasión de la celebración de dichos tratados, se ha buscado principalmente dos objetivos: En primer lugar, garantizar un

trato justo para con los inversionistas extranjeros en Colombia, de acuerdo a los estándares internacionales en la materia y; en segundo lugar, establecer un procedimiento especial para la solución de diferencias que surjan entre estos y el Estado. Este procedimiento especial incluye entre otros mecanismos, el arbitraje internacional de inversión, en el cual el Estado, con independencia de la entidad involucrada, puede ser demandado.

En ese orden de ideas, la Directiva explica que las condenas emitidas por Tribunales Internacionales en contra de los Estados pueden ascender a cuantiosas sumas, aspecto que generaría un fuerte impacto en las finanzas internas del Estado condenado. Aunado en lo anterior, considera que es fundamental contar con una preparación adecuada que le permita al Estado colombiano identificar los riesgos, prevenir las controversias y reducir el riesgo de demandas de inversión, en todas y cada una de las funciones públicas en tanto acciones como omisiones.

En atención a lo que precede, se establecen las siguientes pautas:

- 1. Informar de manera inmediata a la Dirección de Inversión Extranjera y Servicios del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en caso de tener conocimiento de que como resultado de un acto, contrato, hecho, omisión y/o operación administrativa surja una diferencia relacionada con una presunta inversión extranjera o con un presunto inversionista extranjero. Para estos efectos, se debe prestar especial atención a toda diferencia en la cual el presunto inversionista haya manifestado la presunta violación y/o afectación de obligaciones contenidas en contratos que contengan inversión extranjera y en tratados internacionales de inversión y/o haga mención a violaciones relacionadas con las obligaciones de no discriminación, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, y expropiación, entre otras.*

2. *Los directores o representantes de cada entidad deben velar por mantener un alto nivel de coordinación entre las entidades del Estado involucradas en la posible controversia de inversión.*

3. *En el evento de una controversia internacional de inversión, sea esta existente o inminente, los funcionarios públicos y particulares que cumplan funciones públicas o que actúen como agentes del Estado, en sus declaraciones públicas o comunicaciones a prensa y medios de comunicación, deben evitar asumir compromisos o hacer cualquier tipo de juicio de valor de la situación bajo controversia o eventual controversia. Antes de dar declaraciones públicas o apreciaciones a particulares sobre una controversia de inversión, el funcionario público, el particular cumpliendo funciones del Estado, o el agente del Estado, debe consultarlo con el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Adicionalmente, se aconseja observar las recomendaciones que para estos efectos haga el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y/o la Instancia de Alto Nivel de Gobierno de que trata el Decreto 1939 de 2013, o el que lo reemplace o modifique.*

4. *En toda reunión con presuntos inversionistas que tenga lugar en el marco de una controversia internacional de inversión, se debe actuar de manera coordinada entre todos los servidores públicos y particulares que cumplan funciones públicas o que ejerzan actividades de apoyo a la gestión pública. Salvo recomendación de la Instancia de Alto Nivel de Gobierno, se debe evitar realizar juicios de valor, prejuizgamientos o cualquier afirmación similar que pueda ser usada a futuro en una instancia jurisdiccional. Así mismo, salvo recomendación de la Instancia de Alto Nivel de Gobierno, es conveniente no asumir compromisos o posiciones que puedan generar expectativas para el presunto inversionista. Los funcionarios públicos cuyas funciones implican relacionarse con inversionistas extranjeros deben cursar capacitaciones*

orientadas a conocer las obligaciones derivadas de los Acuerdos Internacionales de Inversión, con el fin de disminuir los riesgos asociados a este tipo de controversias, capacitaciones a las cuales podrán acceder por medio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.”

Frente a lo anterior, varios son los comentarios que consideramos pertinentes:

1. Si bien es cierto que la Directiva Presidencial hace referencia al proceso de identificación de riesgos para la prevención de controversias y a la necesidad de reducir el riesgo de demandas, el documento pudiendo ser mucho más técnico y completo, no establece una metodología para su gestión.
2. El proceso de gestión de riesgos involucra análisis de contextos o entornos que no se mencionan en la Directiva y que desde nuestra perspectiva deben ser tenidos en cuenta de forma previa a la identificación de los mismos, como lo mencionaremos más adelante¹⁹³.
3. De acuerdo con la Directiva, en caso de tener conocimiento del surgimiento de una diferencia, se debe informar a la Dirección de Inversión Extranjera del Ministerio de Comercio Industria y Turismo. Sobre el particular, es preciso anotar, como ya se ha mencionado en líneas anteriores, que la concentración de conocimiento desde esa cartera y teniendo en cuenta los intereses que gestiona la misma, no necesariamente resulta siendo una decisión adecuada o acertada para la protección de intereses de otros sectores que eventualmente podrían resultar afectados.

¹⁹³ Los contextos pueden ser sociales, históricos, culturales, económicos, y políticos entre otros. Para más información revisar la propuesta metodológica de gestión de riesgos de la Agencia de Compras Públicas del Estado.

En ese sentido, consideramos que el presente acto administrativo debería modificarse, estableciendo que dicha información sea centralizada y remitida a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado¹⁹⁴, como el órgano neutral, idóneo y competente para aplicación de políticas de prevención del daño antijurídico y la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en procura de reducir la responsabilidad patrimonial del Estado¹⁹⁵.

4. Se solicita dentro del documento expedido por la Presidencia mantener altos niveles de coordinación con directores de las entidades relacionadas con los compromisos internacionales de los TBI, pero se considera que más allá de la posible coordinación que pueda o deba existir entre éstas, es mucho más importante que, dentro de las mismas se cuente con funcionarios competentes que comprendan cómo debe darse esa coordinación, y que además tengan los conocimientos específicos en derecho internacional de las inversiones, de tal manera que se garantice que no solo fluya la coordinación, sino que en el marco de la misma, se tomen decisiones acertadas, que logren prevenir la generación de hechos ilícitos internacionales a partir de una gestión adecuada de los riesgos.

5. Posteriormente, en la misma Directiva se aconseja observar las recomendaciones que sobre declaraciones públicas y comunicados de prensa ante medios de comunicación realice el Ministerio de Comercio Industria y Turismo y/o la instancia de alto nivel del Gobierno de que trata el Decreto 1939 de 2013. (Consejo Directivo de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica.)

Frente a lo anterior, debe decirse que, como se mencionó anteriormente, se observa que la creación del Consejo Directivo anteriormente citado,

¹⁹⁴ Creada mediante la Ley 1444 de 2011 y reglamentada mediante el Decreto 4085 de 2011

¹⁹⁵ Ver: <https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/quienessomos/Paginas/informacion-general-agencia.aspx>

constituye desde nuestro punto de vista, la estructuración de nueva “burocracia” y de nuevas jerarquías dentro de las estructuras ya existentes en las entidades. Lo anterior, sumado, a la creación de órganos adicionales, sin responsabilidades específicas, contrario a lo establecido en metodologías de gestión de riesgos, en las que se establece un único responsable, identificable, con riesgos cuantificables, el cual está encargado no solo de coordinar las tareas de seguimiento o cumplimiento de acciones, sino de hacer que las mismas sean efectivas, y por ende, facilitando por obvias razones, la toma de decisiones.

6. Posteriormente, la Directiva Presidencial establece que en toda reunión en el marco de una controversia internacional, se deberá actuar de manera coordinada, evitándose el realizar juicios de valor, prejuicios, o cualquier afirmación similar que pueda ser usada a futuro en una instancia jurisdiccional. Asimismo, se determina en el acto administrativo, que salvo recomendación de la instancia de Alto Nivel del Gobierno, es conveniente no asumir compromisos o posiciones que puedan generar expectativas para el inversionista.

Frente a lo que precede, nuevamente debe decirse que más allá de las posiciones que se asuman por los distintos funcionarios, y donde lo obvio es que el Estado sea entendido como uno solo, y que por ende, asuma posiciones únicas, los funcionarios deben tener claras las consecuencias de las interpretaciones normativas, sobre todo, cuando las mismas son unilaterales, y se encuentran materializadas a través de actos, hechos, omisiones u operaciones, puesto que los riesgos de generación de hechos ilícitos internacionales son altos.

Específicamente como ocurrió en el caso concreto de análisis, donde el Organismo de Control no tuvo en cuenta lo establecido en el tratado de protección a la inversión, ni los derechos que allí se establecen, afectándose la confianza legítima y la seguridad jurídica, pues la Contraloría General de la República realizó interpretaciones unilaterales de

normas internas y de jurisprudencia nacional, precisamente con el fin de justificar la responsabilidad de Prodeco.

7. Finalmente, la Directiva Presidencial establece que los funcionarios públicos cuyas facultades implican relacionarse con inversionistas extranjeros deben cursar capacitaciones orientadas a conocer las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales de inversión, con el fin de disminuir los riesgos asociados a este tipo de controversias, capacitaciones a las que podrán acceder por medio del Ministerio de Comercio, industria y Turismo.

Frente a este punto debe decirse que no solo deben capacitarse algunos funcionarios, sino a todos los funcionarios de las entidades públicas, y que a dichas capacitaciones no debería accederse únicamente a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, sino que a cada entidad debería asignársele un presupuesto específico para lo pertinente.

En conclusión, como pudimos observar el derecho administrativo colombiano cuenta con varios mecanismos para buscar gestionar los diferentes riesgos que suponen las obligaciones internacionales derivadas de los tratados de inversión, sin embargo, aunque muestran que para el Estado colombiano ya es evidente la existencia de múltiples problemáticas en relación con el tema analizado y traen propuestas interesantes para atender las circunstancias, lo cierto es que no parecen tener eficacia y efectividad, pues como lo muestra el caso analizado, que se constituyó en la primera condena en arbitraje internacional de inversiones contra Colombia, ninguno de los mecanismos y funciones analizadas en este aparte, parece haberse aplicado o, en caso de haberse hecho, no dieron los resultados esperados.

3.2. Identificación de Riesgos y su gestión

Teniendo en cuenta que las normas y documentos antes analizados especifican la importancia para el Estado de asumir los riesgos y mitigarlos, pero ninguno de ellos determina, a ciencia cierta, cuáles son, ni establece mecanismos claros de identificación, clasificación, evaluación, tratamiento y monitoreo de los mismos, es preciso hacer un análisis al respecto, puesto que dicha ausencia, evidentemente, no permite materializar ningún tipo de política de prevención y/o gestión de riesgos de cara a una situación similar.

Así pues, a continuación mencionaremos desde nuestra perspectiva, cuál podría ser la propuesta metodológica o el plan de seguimiento adecuado para su gestión en la prevención de hechos ilícitos internacionales.

Para lo anterior, debemos partir de la premisa de que el Estado Colombiano se financia mayormente de las regalías que dejan las industrias extractivas y, que el entorno de los precios y el comportamiento de los mercados es volátil, existiendo así muchos riesgos y, cada vez, menos margen de maniobra frente a los compromisos asumidos en los acuerdos internacionales de inversión.

Un escenario de este tipo, obliga a las organizaciones, incluidas los Estados, a contar con estrategias de gestión de riesgos, al igual que lo hacen las empresas privadas, de tal manera que el Estado mismo, se permita prever y conocer los efectos tanto negativos como positivos sobre los objetivos de ciertos negocios, no desde la celebración de los mismos, ni posterior al surgimiento de las controversias¹⁹⁶.

Cabe destacar que la gestión adecuada de los riesgos, está basada en un tratamiento de control preventivo y posteriormente de detección de los mismos, de tal manera que en todo momento las organizaciones públicas y privadas, conozcan cuál es el nivel de control que se tiene respecto de situaciones

¹⁹⁶ CASARES, Isabel. "La importancia de la gestión de riesgos en las empresas. (en línea) Disponible en:<http://blogs.portafolio.co/buenas-practicas-de-auditoria-y-control-interno-en-las-organizaciones/la-importancia-la-gestion-riesgos-las-empresas/> Fecha de consulta: octubre de 2019.

riesgosas, el cual estará vinculado directamente a la toma de decisiones estratégicas.

Dicha gestión sobra decir, no debe consistir en el manejo de herramientas complejas o de una metodología específica o determinada en normas legales puntuales que así la determinen o establezcan. Pues es más deseable que consista, desde nuestro punto de vista, en la interiorización de una cultura de transparencia interna y externa de las organizaciones o instituciones para la adecuada toma de decisiones, las cuales deben estar basadas en análisis de relación costo – beneficio, que a su vez debe partir del uso de experiencias similares o anteriores directamente relacionadas a objetivos estratégicos o políticas públicas determinadas¹⁹⁷.

Por ejemplo, los sectores como la construcción, la infraestructura, la energía, la minería y el transporte, tienen mayores niveles de valoración de amenazas, que sectores como la manufactura, la agricultura y la pesca, razón por la cual consideramos, que dicha situación obligaría al Estado colombiano a tener un Plan Global de Administración de Riesgos, que incluya no solo los riesgos de planeación contractual, sino que abarque, incluso, las etapas de negociación de acuerdos de protección a las inversiones y lineamientos de política pública.

Bajo ese entendido, se permitiría acceder a ventajas como conocer y anticiparse a la incertidumbre, brindar seguridad jurídica a inversionistas extranjeros y realizar una planeación adecuada de las finanzas públicas, otorgando un valor agregado a los esfuerzos de planeación de las actividades contractuales y de ejecución de las mismas y, permitiendo al Estado colombiano, incluidos los entes de control, ser eficientes en la ejecución de sus negocios y expedición de normas y actos administrativos.

Lo anterior, reviste total importancia, pues no involucra temas puramente financieros, sino que incluye situaciones futuras que comprenden lo ambiental, lo político, y en mayor o menor medida, la reputación misma del Estado. Todas estas

¹⁹⁷ **Ibidem.**

aristas están inmersas en espacios que abarcan la seguridad jurídica y que incluyen un tratamiento de los riesgos, basado en una evaluación vinculada a objetivos estratégicos de las entidades¹⁹⁸. Todo lo anterior, teniendo en cuenta que una buena identificación de los riesgos, puede ayudar a prevenir conflictos o litigios, pero también, contribuye a ahorrar dinero, además de aportar a la construcción de una planeación eficaz.

En ese sentido, es de resaltar como en el sector privado se materializan estas iniciativas, pues las organizaciones empresariales cuentan actualmente con metodologías distintas para la gestión de riesgos, las cuales se encuentran establecidas en normas de “derecho blando”¹⁹⁹ destacándose la norma ISO31000,²⁰⁰ que establece, en principio, los lineamientos para la gestión de riesgos en cualquier organización. Sobre el particular, esta norma y su aplicación comprenden tres pasos generales:²⁰¹

1. Marco para la gestión de riesgos²⁰²;
2. Valoración²⁰³ y;

¹⁹⁸ CASARES, Isabel. “la importancia de la gestión de riesgos en las empresas. (en línea) Disponible en:<http://blogs.portafolio.co/buenas-practicas-de-auditoria-y-control-interno-en-las-organizaciones/la-importancia-la-gestion-riesgos-las-empresas/> Fecha de consulta: octubre de 2019.

¹⁹⁹ “Son instrumentos dúctiles de regulación que ayudan a desarrollar la función administrativa de manera diferente, ágil y efectiva. Se encuentran ubicadas en la zona informal de la actividad administrativa, entre las normas jurídicas abstractas, generales e impersonales y los actos administrativos particulares, singulares y concretos.” SANCHEZ Alexander. Las normas de derecho blando son una inmunidad para el país. Legis, (En línea) disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/administrativo-y-contratacion/alexander-sanchez-las-normas-de-derecho-blando> fecha de consulta noviembre de 2019.

²⁰⁰ Esta norma de derecho blando ISO 31000 recoge una serie de buenas prácticas internacionales que proporcionarán la eficiente gestión de los riesgos a todos los niveles.

²⁰¹ En esta fase se decide continuar o no con ciertas actividades, ofrecer alternativas que incluso permitan compartir los riesgos o retenerlos a partir de decisiones informadas. Estudios demuestran que solo el 30% de los riesgos de una organización son asegurable, el resto de ellos debe gestionarse a través de mecanismos de gestión de riesgos, por ello invertir en la mitigación y prevención siempre es mucho más económico que si se espera a tomar un conjunto de acciones una vez materializados los riesgos o generados los daños, donde estos últimos podrían ser irreparables. Ver Norma ISO31000 (En línea) Disponible en: <http://www.foncodes.gob.pe/portal/index.php/convocatorias-a-myperu/archivos-pdf-sci/1387-capacitacion-sistema-gestion-de-riesgos-iso-31000-aenor-franco-gamboni-30-05-a-11-06-2018/file>

²⁰² Dentro del marco de gestión lo que se busca comprender en rasgos generales son contextos alrededor de los riesgos. Ver Norma ISO31000 (En línea) Disponible en: <http://www.foncodes.gob.pe/portal/index.php/convocatorias-a-myperu/archivos-pdf-sci/1387-capacitacion-sistema-gestion-de-riesgos-iso-31000-aenor-franco-gamboni-30-05-a-11-06-2018/file>

3. Tratamiento²⁰⁴.

Ahora bien, normativamente el análisis de riesgos para la Contratación Pública en Colombia se encuentra establecido en el Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993, ley 1150 de 2007, Decreto 1082 de 2015) y demás normas vigentes y concordantes. Adicionalmente, las entidades estatales por disposición legal, deben observar manuales y guías que para el efecto sean expedidas por la Agencia de Contratación Pública “Colombia Compra Eficiente”, la cual, cuenta con un instrumento denominado “Manual para la identificación y cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación”²⁰⁵. Dicho documento incluye los lineamientos aplicables a los riesgos de carácter contractual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.1.2.5.2 del Decreto 1082 de 2015²⁰⁶.

En consecuencia, se trata de un manual que, en principio, debe considerarse “obligatorio” para todas las entidades regidas por el Estatuto General de Contratación Pública y, para los efectos de este estudio, debemos señalar que allí se encuentran contenidos diferentes lineamientos que conforman una metodología para la gestión de riesgos, la cual podría considerarse que ha tenido un

²⁰³ En procesos de valoración se observan procesos y se identifican. Ver Norma ISO31000 (En línea) Disponible en: <http://www.foncodes.gob.pe/portal/index.php/convocatorias-a-myperu/archivos-pdf-sci/1387-capacitacion-sistema-gestion-de-riesgos-iso-31000-aenor-franco-gamboni-30-05-a-11-06-2018/file>

²⁰⁴ En fases relacionadas al tratamiento se establecen estrategias, se proponen soluciones. Ver Norma ISO31000 (En línea) Disponible en: <http://www.foncodes.gob.pe/portal/index.php/convocatorias-a-myperu/archivos-pdf-sci/1387-capacitacion-sistema-gestion-de-riesgos-iso-31000-aenor-franco-gamboni-30-05-a-11-06-2018/file>

²⁰⁵ *“El soft law administrativo o el uso del derecho blando es una realidad en la práctica de la Administración que facilita el logro de los fines del Estado posmoderno. Sin embargo, también es factible que en esa zona de producción normativa abundante se soslayen principios, garantías fundamentales y derechos de los destinatarios de las normas o terceros interesados. Este documento muestra la necesidad de que estos instrumentos estén alineados al principio de juricidad, ya que su procedimiento de emisión es informal y, en la escena jurídica, se les considera como carentes de efectos obligatorios y, por ende, de control judicial.”*
SANTAELLA, Hector. El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia. Universidad Externado de Colombia, (En línea) Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5467> , Fecha de Consulta: Enero de 2020

²⁰⁶ **AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Documentos de trabajo de la Auditoria General de la República. Informe: metodología que debe utilizarse para su detección, Indicadores o información que debe ser verificada y revisada para establecer el riesgo, Matriz de identificación y análisis de riesgos asociados a la contratación estatal. (En línea) disponible en: <file:///D:/user/nataly.vera/Downloads/Los%20riesgos%20asociados%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%20en%20Colombia.pdf> (Fecha de consulta: 1 de julio de 2019)

desempeño medianamente favorable, razón por la cual, consideramos que varios aspectos de aquella podrían ser utilizados también para la gestión de riesgos en la prevención de hechos ilícitos internacionales.

Ahora bien, considerando que no existe una metodología para el tema que estamos analizando y que la construcción de la misma puede ir evolucionando de tal manera que con el paso del tiempo se vaya perfeccionando, queremos partir de una premisa básica independientemente del método a utilizar, y es que el Estado debe funcionar a partir de una cultura interna de transparencia para la toma de todas sus decisiones, lo cual en materia de gestión de los riesgos supone, la necesidad de hacer seguimiento no solamente desde un punto de vista pre – contractual o contractual, sino que el Estado debe incluir dentro en su gestión, un monitoreo global previo, que abarque, por ejemplo, el estudio constante de las decisiones arbitales en materia de inversión, clasificándolas por temas y por sectores. Así las cosas, contar con un insumo, como el anteriormente mencionado, desde antes de la celebración de contratos o convenios, permitiría reducir la probabilidad de ocurrencia de hechos ilícitos internacionales y su consecuente impacto.

En ese sentido, es posible considerar que la metodología mencionada podría ser adoptada, no a nivel individual por las entidades que celebran contratos de concesión, sino por las entidades encargadas del seguimiento y monitoreo de las controversias internacionales, es decir, la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, lo cual podría garantizar un nivel de coordinación mucho más alto y eficaz para la gestión de los intereses nacionales.

Continuando con la normatividad nacional que contempla la necesidad de gestionar debidamente los riesgos, encontramos el artículo 4 de la Ley 1150 de 2007, el cual determina que la entidad estatal debe incluir la estimación,

tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación, circunstancia que no solo incluye lo relativo al equilibrio económico del contrato²⁰⁷.

Asimismo, es pertinente señalar que el Decreto 1510 de 2013, compilado por el Decreto 1082 de 2015 determinó el riesgo como un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del proceso de contratación o en la ejecución del contrato²⁰⁸.

Ahora bien, dentro del *Manual de la Agencia de Compras Públicas – Colombia Compra* se ha determinado una estrategia metodológica de administración de riesgos que comprende cuatro componentes, que consideramos pueden ser de utilidad para nuestra propuesta, lo que no significa que se acoja la metodología en su integridad. Así pues, tomaremos solo lo que consideremos absolutamente pertinente y que se pueda adaptar a la situación en estudio, pues aunque se trata de un instrumento bastante claro, por su estructura misma, pensamos que puede llegar a ser complejo en su aplicabilidad. Asimismo, para la propuesta que realizaremos a continuación, utilizamos también documentos de otras metodologías y normas de derecho blando como la ISO31000 y, lo determinado por otros organismos de control como la Auditoría General de la República²⁰⁹.

En consecuencia con lo anterior, la propuesta que se planteará es un instrumento que adopta elementos de distintas fuentes metodológicas, con el objetivo de configurar, una herramienta que cuente con los elementos mínimos de una metodología de gestión de riesgos para la prevención de hechos ilícitos internacionales.

²⁰⁷ **Colombia Compra Eficiente.** Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, (En línea) disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf , Fecha de Consulta: Enero 2020.

²⁰⁸ La guía de Colombia compra tiene en cuenta lo establecido en el documento CONPES 3714 de 2011 – Del riesgo previsible en el marco de la política de contratación pública, Departamento Nacional de Planeación, 1 de diciembre de 2001.

²⁰⁹ **AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Documentos de trabajo de la Auditoría General de la República. Informe: metodología que debe utilizarse para su detección, Indicadores o información que debe ser verificada y revisada para establecer el riesgo, Matriz de identificación y análisis de riesgos asociados a la contratación estatal. (En línea) disponible en: <file:///D:/user/nataly.vera/Downloads/Los%20riesgos%20asociados%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%20en%20Colombia.pdf> (Fecha de consulta: 1 de julio de 2019)

Así pues, nuestra propuesta metodológica está edificada a partir de una secuencia de análisis que nos conlleva a la siguiente hoja de ruta:

- 1. Establecimiento de entornos, identificación y clasificación de riesgos**
- 2. Evaluación y calificación de los riesgos**
- 3. Asignación y tratamiento**
- 4. Monitoreo y Gestión**

1. Establecimiento de entornos, identificación y clasificación de riesgos

Esta etapa incluye la identificación o disposición de contextos en los que se interactúa, ya sean entornos presentes, desde diferentes puntos de vista: físicos, políticos, sociales, económicos, culturales e históricos. Dentro de éstos, se debe incluir lo externo, entendido como todo aquello que no es necesariamente controlable²¹⁰ y, lo interno, que comprende aquello que depende de cada entidad respectiva²¹¹.

Este análisis de caracterización debe considerarse ineludiblemente como el punto de partida, puesto que una vez identificados los contextos a revisar o a tener en cuenta, los cuales se pueden catalogar por sectores, se podrá hacer una correcta identificación y clasificación de los riesgos que pueden afectar posteriormente los procesos de contratación o negociación de acuerdos de inversión. En ese sentido, esta labor puede desempeñarse desde la planeación y el establecimiento de metas y objetivos, los cuales podrían llegar a modificarse, dependiendo de la complejidad del proceso y los posibles fines estratégicos en cabeza de cada entidad pública.

Al establecerse los entornos, se deben tener en cuenta:

1. La ciudadanía afectada con los acuerdos o procesos;
2. La capacidad de las entidades en cuanto a disponibilidad de recursos;

²¹⁰ Fenómenos de tipo natural o de fuerza mayor tales como las sequías, inundaciones, deslizamientos, incendios, etc.

²¹¹ Dentro de dicha clasificación encontramos políticas, licencias ambientales, políticas, procedimientos, etc.

3. Las condiciones geográficas y de acceso a los lugares donde se pretende cumplir con los objetivos contractuales en el marco de los acuerdos;
4. Los entornos ambientales y;
5. La normatividad aplicable, así como las interpretaciones de las normas tanto de derecho interno²¹² como de derecho internacional.

Una vez establecidos los contextos, deben identificarse los riesgos. Esta etapa se estructura a partir de la identificación de hechos, circunstancias o eventos que pueden constituirse como riesgos en los contextos analizados y en los procesos específicos que se observen, lo cuales, a su vez, pueden involucrar distintas áreas, variables o aspectos, dependiendo de las necesidades.

En ese sentido, varios son los tipos de riesgos y diferentes pueden ser las clasificaciones, pero a título enunciativo y no taxativo, podemos destacar:

- La necesidad de obtención de predios para la ejecución de obras. (Operacional)
- La necesidad de obtención de licencias ambientales. (Ambiental)
- Las potenciales pérdidas o ganancias derivadas de la exposición a variaciones en tasas de cambio. (Cambiario, Financiero, Económico)
- Los cambios normativos o de interpretación normativa (Regulatorio).

Es importante señalar que para efectos de este trabajo de investigación y para la propuesta aquí realizada, solo se tendrán en cuenta aquellos riesgos asociados a variables de tipo normativo o regulatorio.

Ahora bien, de acuerdo con la información que se ha publicado por la Agencia Colombia Compra en el año 2013, el riesgo se clasificará en alguna de las siguientes categorías:

²¹² Es importante no dejar a un lado dentro de las normas aplicables, aquellas que se utilizan en el desarrollo de los controles como el fiscal, penal y disciplinario.

- Político o Social²¹³;
- Económico²¹⁴;
- Financiero²¹⁵;
- Operacional²¹⁶;
- Regulatorio²¹⁷;
- Fuerza Mayor o Natural²¹⁸;
- Ambiental²¹⁹;
- Tecnológico^{220, 221}.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el riesgo es un evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud, creemos que son las entidades del Gobierno quienes deben ser las responsables de identificar y asignar los riesgos que cada una puede generar, incluyéndolos dentro de un mecanismo de

²¹³ Son los derivados de los cambios de las políticas gubernamentales y de los cambios en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. **Departamento Nacional de Planeación.** Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación, Conpes 3714 de 2011, del riesgo previsible en el marco de la política de contratación Pública.

²¹⁴ Son aquellos riesgos derivados del comportamiento del mercado tales como la fluctuación de los precios de los insumos, desabastecimiento y especulación de los mismos, entre otros. ***Ibidem.***

²¹⁵ Son I el riesgo de consecución de financiación o riesgo de liquidez para obtener recursos para cumplir con el objeto del contrato, y el II riesgo de las condiciones financieras establecidas para la obtención de recursos, tales como plazos, tasas, garantías, contragarantías y refinanciamientos, entre otros. ***Ibidem.***

²¹⁶ Son los asociados a la operatividad del contrato, tales como la suficiencia del presupuesto oficial, del plazo, o los derivados de los procesos, procedimientos y parámetros, sistemas de información y tecnológicos, equipos humanos o técnicos inadecuados o insuficientes. ***Ibidem.***

²¹⁷ Derivados de cambios regulatorios o reglamentarios que afecten la ecuación económica del contrato. ***Ibidem.***

²¹⁸ Son los eventos naturales previsible en los cuales no hay intervención humana que puedan tener impacto en la ejecución de un contrato, por ejemplo: los temblores, inundaciones, lluvias, sequías entre otros. ***Ibidem.***

²¹⁹ Son los derivados de las obligaciones legales o reglamentarias de carácter ambiental, así como de las licencias, planes de manejo, permisos, y autorizaciones ambientales, incluyendo tasas retributivas y compensaciones, obligaciones de mitigación, tareas de monitoreo y control, entre otras. ***Ibidem.***

²²⁰ Son los derivados de fallas en los sistemas de comunicación de voz y de datos, suspensión de servicios públicos, nuevos desarrollos tecnológicos o estándares que deben ser tenido en cuenta para la ejecución del contrato, obsolescencia tecnológica. ***Ibidem.***

²²¹ **Colombia Compra Eficiente.** Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, (En línea) disponible en: https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf , Fecha de Consulta: Enero 2020.

seguimiento que permita identificar la asignación de responsables y su porcentaje de probabilidad.

Es importante dejar claro que en el mecanismo de seguimiento debe incluirse la descripción detallada del riesgo y su consecuencia respectiva. Así pues, la descripción debe contener toda la información necesaria para comprender el contexto del riesgo propuesto o formulado de manera clara, de forma puntual y sencilla, de tal manera que se facilite su clasificación, es decir, que la descripción debe contener una exposición objetiva del problema, evento o suceso que se pueda presentar y la posible o posibles causas del mismo frente a cada proyecto²²².

Partiendo de lo anteriormente expuesto, es preciso dividir los riesgos en transferibles y retenidos, pues la ley ordena que los mismos sean asignados. Bajo ese entendido, los primeros serán asumidos por los inversionistas durante las ejecuciones de los contratos, como por ejemplo, un riesgo operacional, como los que se podrían materializar en escenarios de redes, de diseño, de construcción, de mantenimiento, comerciales, de liquidez y cambiarios. Los segundos, serán riesgos a cargo del Estado, dentro de los cuales podríamos encontrar como ejemplo, aquellos riesgos de estabilidad jurídica y de interpretación normativa, de estabilidad política, eventos de fuerza mayor no asegurables, etc., atribuyendo cada uno de ellos a la institución o entidad que esté en mejor capacidad de administrarlos y, sobre todo, buscando mitigar el impacto. Aquí es donde consideramos que debe tenerse en cuenta cuál es la línea de política pública para limitar las interpretaciones de cláusulas desde la negociación de tratados, de tal manera que desde la gestión de riesgos se tenga claridad cuál es la interpretación general, qué asume cada uno y cuáles son sus derechos o prerrogativas y el alcance de los mismos.

Posteriormente, deberá tenerse en cuenta la probabilidad de la ocurrencia estimada, esta probabilidad no debería ser establecida por abogados como sucede a la hora de estructurar contratos de esta naturaleza, sino que la misma,

²²² Dicha descripción debe evitar la inclusión de juicios de valor o superlativos de origen subjetivo.

debería estar cuantificada y estructurada por técnicos especialistas en cada uno de los sectores. Acá, las entidades, como se ha previsto para las concesiones de vías de cuarta generación, deben contar con fondos de contingencias donde se realicen aportes de recursos como mecanismos de mitigación de riesgos a su cargo, contando para ello con un plan de aportes vigilado, el cual consideramos debe tener control directamente por la Cartera de Hacienda y Crédito Público²²³.

Sumado a lo anterior, y dentro de la cadena de eslabones del proceso de identificación y asignación, debe señalarse que no basta con que se identifiquen y se asignen, pues los riesgos necesitan ser documentados, debiendo llevarse un registro para su monitoreo con la información detallada. Asimismo, como se mencionó en líneas anteriores, podría considerarse como viable y, más aún, pertinente, tener en cuenta casos similares. Para el caso concreto de análisis de este trabajo, por ejemplo, se podrían documentar las líneas de decisión arbitral sobre los aspectos sensibles que se consideren riesgosos. Dicho registro deberá actualizarse en la medida que se presenten situaciones o surja nueva información, con el fin de adoptar las acciones consecuentes y conducentes a la prevención, las cuales deberán, igualmente, incluirse en dicho registro.

Es decir, que el manejo y gestión de riesgos que aquí se propone, debe ser un procedimiento que podría catalogarse desde muchos puntos de vista como proactivo, diferente al establecido hoy en la Ley, específicamente el Estatuto de Contratación Pública, pues lo que aquí se propone es un mecanismo con seguimiento continuo y permanente, centralizado y coordinado a nivel interinstitucional, tendiente eminentemente a la prevención o mitigación de eventos que pueden ocurrir y, que de llegar a materializarse, impactarían los procesos de ejecución contractual, por lo cual se hace ostensible su seguimiento.

Por último, queremos llamar la atención sobre un punto en particular, pues si bien es cierto que los riesgos frecuentes en la contratación en su etapa de ejecución, son aquellos asociados al incumplimiento del contrato y aquellos atados a la

²²³ **MARIN CARDONA, Yessica.** Asignación de riesgos en proyectos de infraestructura vial de cuarta generación bajo esquema de APP en Colombia. Estudio Comparativo. Universidad EAFIT, Medellín, 2017. p.37

responsabilidad extracontractual, no debe perderse de vista que muchos de esos riesgos tienen soluciones jurídico-administrativas a la luz del contrato mismo, pues se encuentran previstos en cláusulas especiales en los textos de los contratos o acuerdos y/o cubiertos a través del garante o aseguradora.

2. Evaluación y calificación de los riesgos

Una vez identificados los riesgos, se debe proceder a una evaluación y calificación tanto del impacto, como de la probabilidad de su ocurrencia. Una vez hecho dicho trabajo, allí se recomienda establecer cuáles son los asuntos de mayor interés.

Siguiendo el esquema de la Agencia de Compras Estatales para la correspondiente evaluación y clasificación debe tenerse en cuenta:

- La probabilidad;
- El impacto de la ocurrencia;
- La asignación de una valoración y la categorización de la misma

Así pues, es necesario preguntarse en este punto ¿Qué probabilidad existe de que el impacto se materialice teniendo en cuenta los controles existentes y la experiencia de la entidad estatal?²²⁴. Aunque la pregunta puede resultar muy sencilla, el panorama que debe ser analizado va mucho más allá de un simple contexto, pues es preciso acudir a los conceptos de los especialistas en la materia, a los estudios técnicos, a los precios en mercados internacionales de bienes y servicios y a todas las demás variables que puedan estar inmersas en la situación.

²²⁴ **AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Documentos de trabajo de la Auditoría General de la República. Informe: metodología que debe utilizarse para su detección, Indicadores o información que debe ser verificada y revisada para establecer el riesgo, Matriz de identificación y análisis de riesgos asociados a la contratación estatal. (En línea) disponible en: <file:///D:/user/nataly.vera/Downloads/Los%20riesgos%20asociados%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%20en%20Colombia.pdf> (Fecha de consulta: 1 de julio de 2019)

Por su parte, la probabilidad de impacto busca medir el efecto que tendrían el riesgo sobre el proceso mismo de contratación en caso de presentarse el siniestro, es decir, de materializarse la situación riesgosa.

El análisis cualitativo de la probabilidad y el impacto de su ocurrencia, se establecen a partir de la categoría de riesgo a emplear. En lo relativo a la probabilidad, la agencia de compras públicas ha establecido las siguientes categorías, asignándoles una calificación numerica, en los siguientes términos:

- Rara calificada con 1;
- Improbable, calificada con 2;
- Posible calificada con 3;
- Probable calificada con 4 y;
- Caso cierto, calificada con 5.

Frente a este punto, consideramos que estas clasificaciones pueden no someterse a criterios objetivos, convirtiéndose en decisiones muy subjetivas que no obedecen, necesariamente, a cálculos de probabilidad reales y serios. En ese sentido, en caso tal que se mantuviese la clasificación antes mencionada, se sugeriría, que estuviese atada a cálculos de probabilidad hechos sobre casos similares, lo que en términos concretos del tema en particular, se podría desentrañar de las líneas de decisión de los tribunales de arbitraje internacional de inversión.

3. Asignación y tratamiento

Ahora bien, a partir de los resultados que se obtengan de calificar el impacto y la probabilidad del mismo, se puede identificar adicionalmente los grados de prioridad de cada riesgo, adoptando los mecanismos de tratamiento, ya sea para evitar, transferir, aceptar o reducir el riesgo o las consecuencias de su materialización.

Dentro de esta etapa, se debe concretar la implementación de un plan de tratamiento de gestión que contenga tanto acciones como recursos (monetarios, físicos, humanos, etc.) para su cumplimiento efectivo, documentándose cualquier decisión que se adopte dentro del plan, ya sea para evitar, aceptar, transferir o reducir las diferentes consecuencias. Lo anterior, como se ha mencionado, dentro de una relación costo-beneficio, en la que se combinen acciones entre sí, con el fin de optimizar los resultados.

Ahora bien, sin lugar a dudas, consideramos que uno de los puntos más decisivos en esta etapa se materializa en la necesidad de que el plan de tratamiento del riesgo sea lo suficientemente detallado, de tal manera que permita el manejo efectivo de acciones individuales y puntuales a las que se les ha asignado un responsable con una fecha determinada de cumplimiento.

El responsable del riesgo debe entonces identificarse de manera clara y detallada dentro de la entidad responsable, siendo el encargado de coordinar tareas de gestión, verificación de cumplimiento y efectividad de las mismas, respecto a la materialización de riesgos.

Para la elaboración del plan global de gestión de riesgos que aquí se propone, se pueden usar a su vez diferentes métodos, lo importante es que aquellas actividades que se propongan permitan medir el cumplimiento de las acciones, la orientación de las mismas y que, a dichas acciones, pueda establecerles un plazo determinado en el tiempo.

4. Monitoreo y gestión (A través de matriz de seguimiento y control global)

La finalidad principal de este componente es el seguimiento o, en otras palabras, la observación constante y la actualización de tipo periódico de los riesgos. Por supuesto, esta tarea se encuentra, en primera instancia, en cabeza del responsable del seguimiento o de sus delegados, teniendo incluso, competencias

para designar la supervisión de los mismos, así como, para mitigar responsabilidades posteriores de funcionarios públicos, sobre todo en materia disciplinaria y fiscal.

Es deseable y por lo tanto se sugiere, que dicho monitoreo o gestión pueda ser verificable tanto por organismos de control internos como externos, es decir, por la Oficina de Control Interno y por la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación²²⁵.

Ahora bien, si durante la revisión del riesgo se detecta la necesidad de llevar a cabo una modificación, ajuste o cambio tanto en la matriz, como en el plan de tratamiento del riesgo, o este se reitera, se sugiere que dicha circunstancia anómala sea, también, documentada.

Finalmente, en esta etapa deberá asignarse fecha estimada del inicio del tratamiento del riesgo y la finalización del mismo, determinándose el instrumento o instrumentos a través de los cuales se procederá a desarrollar la labor respectiva. Así pues, podrán utilizarse para este fin, actas, verificación física, informes, entre otros, y es preciso determinar la periodicidad de monitoreo o revisión, ya sea de forma semanal, mensual, bimestral o la que sea precisa para el caso en concreto²²⁶.

3.3. Mapa de riesgos – Matriz de seguimiento

Partiendo del análisis que hemos realizado en los apartes anteriores, es claro que son múltiples los riesgos que pueden generarse en relación con las acciones u

²²⁵ De no llegar a asignarse un responsable, se puede caer en el error posterior de asignarse de manera errada, como ocurrió en el caso concreto de análisis, donde posterior a la materialización del mismo riesgo un órgano externo asignó responsabilidades.

²²⁶ **AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA.** Documentos de trabajo de la Auditoría General de la República. Informe: metodología que debe utilizarse para su detección, Indicadores o información que debe ser verificada y revisada para establecer el riesgo, Matriz de identificación y análisis de riesgos asociados a la contratación estatal. (En línea) disponible en: <file:///D:/user/nataly.vera/Downloads/Los%20riesgos%20asociados%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%20en%20Colombia.pdf> (Fecha de consulta: 1 de julio de 2019)

omisiones derivadas del poder regulatorio del Estado, de cara a los derechos reconocidos a los inversionistas extranjeros. Así pues, es preciso pensar en la necesidad de una adecuada gestión de los riesgos mencionados. Para tales fines, es preciso contar con una arquitectura que permita la identificación, el análisis, la valoración, el manejo y el monitoreo de los riesgos. De igual manera consideramos, que ésta debe comprender o ir acompañada, de un conjunto de actividades coordinadas e implicar ciertos mecanismos, herramientas o sistemas entre los que proponemos los siguientes:

- Lineamientos de política de administración de riesgos frente a hechos ilícitos internacionales;
- Construcciones de mapas de riesgos que incluyan matrices de seguimiento y monitoreo.

Lineamientos de política de administración de riesgos frente a hechos ilícitos internacionales

Primero que todo, con el fin de que la propuesta pueda tener un efecto práctico y real en los temas en examen, consideramos necesario que los lineamientos tengan una vocación de generalidad, es decir, que puedan ser de uso común y no se concentren en una especial materia o en las funciones específicas de una sola institución. Así pues, la propuesta está orientada a la creación de un instrumento que pueda tener aplicación general. No obstante, es necesario que se establezca un protocolo que permita aterrizar internamente dentro de las entidades llamadas a implementarla, respondiendo a las particularidades de la institución en concreto. En ese sentido, el mecanismo de asimilación de la metodología debe permitir llegar a todos los funcionarios, específicamente a aquellos que prestan servicios profesionales o como empleados de carrera, puntualmente en los Ministerios, las Agencias y los Organismos de Control.

Esta política de administración de riesgos, precisa esencialmente de una sensibilización y una capacitación de los funcionarios públicos en relación con la importancia que debe dársele al cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por Colombia y la forma cómo dichas obligaciones internacionales se

relacionan con el derecho nacional. Así pues, consideramos que las sesiones de capacitación deben incluir de forma prevalente los siguientes componentes:

- Sistema de fuentes del derecho internacional;
- Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno;
- Derecho internacional económico y de inversiones;
- Responsabilidad internacional del Estado.

A partir de lo anterior, consideramos que la capacitación no debe concentrarse en meros aspectos teóricos, sino que debe ir más allá con un componente práctico que le permita al operador jurídico comprender la realidad de la situación, ya sea a partir de la presentación de casos nacionales o extranjeros, de prevalencia regionales, con el fin de conocer cuáles son las circunstancias riesgosas que pueden comprometer al Estado.

De igual manera, es menester que en las capacitaciones se explique, por una parte, las diferentes razones que permiten el surgimiento de las problemáticas, así como los riesgos identificados por el Estado, haciendo un especial énfasis en la imposibilidad de alegación unilateral del derecho nacional en detrimento de los compromisos internacionales, como resultado de una interpretación egoísta y limitada del derecho aplicable, lo que puede desembocar en una controversia internacional ante un tribunal de arbitraje de inversión. En este punto, es importante dejar claro cuáles son los riesgos que puede suponer una controversia arbitral para el Estado.

Finalmente, es preciso que en las sesiones de capacitación se haga una exposición sobre cuál debe ser el tratamiento para este tipo de riesgos, los mecanismos para reducirlos o transferirlos, las etapas de gestión y las herramientas de la misma, según el caso en concreto, de acuerdo con la función que cumpla la institución estatal.

Para la implementación y capacitación sobre lineamientos de política, se propone que dichas capacitaciones se realicen a través de las Direcciones de Asuntos Internacionales de las entidades públicas y sus oficinas de Planeación, ello, de

manera conjunta y coordinada con el Ministerio de Comercio y la Agencia de Defensa Jurídica del Estado. En caso tal que no exista una dependencia interna que se encargue de los asuntos internacionales, será necesario la implementación de la misma a través de otra autoridad interna o la creación de dicha unidad. No obstante, esta última circunstancia se verá enfrentada, seguramente, a reparos económicos o de orden burocrático.

Adicionalmente, resultaría deseable que, para los casos que se encuentren en fase de negociación de nuevos tratados internacionales o contratos estatales o, tratándose de las primeras fases de cumplimientos de compromisos recientemente asumidos, se adelanten con prioridad estas capacitaciones en los sectores y las instituciones conculcadas.

Construcciones de mapas de riesgos que incluyan matrices de seguimiento y monitoreo.

En primera medida, resulta necesario definir qué vamos a entender por mapa de riesgos. Se trata de una herramienta o instrumento informativo que mediante el uso de información descriptiva y detallada, así como a través de la utilización de indicadores adecuados, permite el análisis de los riesgos de una determinada actividad²²⁷.

En ese sentido, un mapa de riesgos requiere de los siguientes elementos²²⁸:

- La identificación de los riesgos inherentes;
- Categorización de los riesgos. Es importante tener en cuenta, que cada institución tratar de trazar sus propias listas teniendo en cuenta los factores específicos que podrían afectarles. Una vez que se han identificado los

²²⁷ **GARCÍA GÓMEZ, María Monserrat.** “Los mapas de riesgos. Concepto y metodología para su elaboración”, en: *Rev San Hig Púb.* Vol. 68, N° 4, 1994, p. 443. (En línea). Disponible en: https://www.msbs.gob.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL68/68_4_443.pdf

²²⁸ *Ibidem.*

riesgos, es necesario comprender qué tipo de eventos internos o externos están causando los riesgos.

- Evaluación de los riesgos: estimar la frecuencia, el impacto potencial y los posibles procesos de control para compensar los riesgos. Los riesgos deberían entonces ser priorizados. Los riesgos más impactantes pueden manejarse aplicando procesos de control para ayudar a disminuir su posible aparición.
- Monitoreo de los riesgos

Como podemos notar, se trata de una herramienta básica de gestión que permitirá, no solo facilitar el seguimiento y monitoreo de los riesgos, sino también, facilita la toma de decisiones, indicando de acuerdo con la cuantificación o el porcentaje de probabilidad, hacia donde deben estar dirigidos los esfuerzos en la búsqueda de soluciones para la mejora de los niveles de control.

El objetivo principal de este tipo de herramienta, es resumir y clasificar el conjunto de situaciones que presuntamente pueden acarrear algún tipo de riesgo, de tal manera que se planteen los verdaderos problemas a los que se enfrentan las entidades frente a la posible generación de hechos ilícitos internacionales. En ese sentido, es una herramienta que ayuda directamente en la prevención, permitiendo entonces, solventar problemas futuros o disminuir su impacto, puesto que se facilita su seguimiento continuo. Lo anterior, puesto que creemos que aquello que no se mide, no puede evaluarse.

Para poder diligenciarlo deberá pasarse por algunas de las fases de la metodología de administración de riesgos arriba propuestas; ello incluye en principio y como punto de partida, la identificación y alcance aproximado del tipo de riesgo para así proceder a establecer mecanismos de control eficientes. En este punto, es de colosal importancia tener en cuenta que, realizar diagnósticos correctos es imprescindible para poder plantear las soluciones eficientes y eficaces, pues estas últimas no podrán formularse de manera adecuada si no se conocen los problemas, los recursos y las herramientas necesarias, para una atención que permita implementar las diferentes soluciones.

En ese orden de ideas, a continuación, presentaremos una propuesta que lejos de estar perfeccionada, busca iniciar el debate que se ha propuesto en los apartes anteriores. Esta herramienta estará basada en diferentes sistemas de información, permitiéndonos cuantificar la probabilidad de materialización de un riesgo.

Teniendo en cuenta que los riesgos aquí identificados son de tipo regulatorio, se propone una matriz de seguimiento, la cual podría contener otros tipos de riesgos y se diligenciará, en el caso en concreto, dependiendo del tipo de contrato.

Riesgo Regulatorio	Mecanismo de Control	Entidad Responsable del Monitoreo	Porcentaje de Probabilidad	Cuantificación	Periodicidad de monitoreo o revisión.
		Para: Evitar, transferir, aceptar o reducir el riesgo o las consecuencias de su materialización	De acuerdo a las siguientes categorías: (rara calificada con 1; improbable calificada con 2; posible calificada con 3; probable calificada con 4 y; caso cierto calificada con 5)		

<p>Redacción, aplicación e interpretación unilateral de normas de tratados y contratos, impactando a su vez los pronunciamientos de la administración pública.</p>	<p>Indicaciones de interpretación en las mismas normas indicándose la preferencia del derecho aplicable y las excepciones a los acuerdos</p>				
<p>Defectuosas políticas públicas en materia de regulación internacional. Inexistencia de una estrategia coordinada entre entidades por parte del Estado, para administrar controversias</p>	<p>El mecanismo de control ideal no es entregar todas las competencias y el control sobre la política pública en la cartera encargada de atraer la inversión extranjera y negociar los tratados. (Consideramos que hay un potencial riesgo de conflicto de intereses) Se sugiere una modificación del</p>				

<p>internacionales de inversión.</p>	<p>Decreto Ley que reglamenta las competencias del Ministerio de Comercio industria y Turismo. (Se considera que la Agencia de Defensa Jurídica del Estado es la encargada de coordinar las políticas y procesos de esta naturaleza). Se evidencia una concentración de competencias que desde nuestro punto de vista es innecesaria, pues más que competencias deben existir responsabilidades y responsables visibles con mecanismos de control. Se considera que, en materia de defensa jurídica de controversias internacionales de</p>				
--------------------------------------	---	--	--	--	--

	<p>inversión, lo fundamental no es centralizar las funciones y el manejo de los temas, sino que los responsables de que dicha defensa, la adelanten de manera eficaz, eficiente y adecuada, partiendo de una adecuada gestión de riesgos y una línea de política pública clara sobre la negociación de estos acuerdos.</p>				
<p>Omisiones Legales en la negociación de tratados y estructuración de contratos</p>	<p>Mecanismos de balance en cláusulas y límites a la interpretación de las mismas.</p>				
<p>Desconocimiento de los funcionarios de todos los niveles sobre el alcance de los acuerdos,</p>	<p>Capacitación a funcionarios de todos los niveles del Estado. Contar con los profesionales expertos en Derecho</p>				

<p>haciendo mucho más probable que se adelanten acciones que violen los compromisos asumidos en tratados. Lo que a su vez, genera como consecuencia que el Estado a través de sus negociadores, no sea realmente consiente de las implicaciones, compromisos y derechos que está otorgando a través de estos convenios.</p>	<p>Internacional que capaciten a funcionarios de todos los niveles y organismos de control, siendo lo principal que cada entidad contara con presupuesto para ello y que el mismo presupuesto, no solo fuera asignado al Ministerio de comercio industria y Turismo.</p>				
<p>Es probable que la defensa del Estado no</p>	<p>Cuantificar los riesgos de esta naturaleza y apropiar</p>				

<p>sea eficaz y que no se cuente oportunamente con los recursos necesarios para asumir los costos de los procesos y de las posibles condenas. Lo anterior, sin tener en cuenta que dentro de los costos a incluir están aquellos de representación legal y eventuales arreglos directos.</p>	<p>recursos en fondos cuenta especiales que se reserven directamente para este tipo de controversias. Se propone que dicho fondo sea administrado por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado en el que se reúnan los recursos que únicamente serán ejecutados para la atención litigiosa de controversias específicas de esta naturaleza. Dicho fondo deberá incluir la ejecución de gastos tales como honorarios de abogados, peritos, viajes, traducciones, tarifas del tribunal, honorarios de los árbitros y otros gastos asociados, incluyendo las posibles condenas.</p>				
--	---	--	--	--	--

<p>Crisis de tipo fiscal por el posible aumento de controversias Inversionista-Estado y falta de claridad sobre los recursos presupuestales para enfrentar este tipo de controversia</p>	<p>Debe decirse que la alta presencia de empresas transnacionales dentro de la región, y específicamente en el país, no implica que los beneficios sean siempre los esperados, pues lo que puede observarse, y para el caso colombiano, es que no se están evaluando los resultados de impacto fiscal en tribunales de arbitraje de inversión, en el contexto de los objetivos de traer inversión extranjera al país, ello, en el marco de una estrategia nacional de desarrollo económico.</p> <p>Asimismo, se precisa de una política exterior clara, en donde las políticas</p>				
--	--	--	--	--	--

	<p>públicas de ciertos sectores deben evolucionar teniendo en cuenta las coyunturas de la globalización, puesto que hoy no solo debe buscarse el aumento de la inversión extranjera, sino la calidad respecto de la misma, en áreas estratégicas y puntuales, y para hacerlo, se deben definir las prioridades de tipo nacional en materia económica, ambiental y social, puntualmente en lo referente a inversión.</p>				
--	---	--	--	--	--

CONCLUSIONES

El Estado colombiano desde que inició la apertura económica ha venido abriendo sus fronteras para la implementación de los diferentes mecanismos que la globalización y la integración económica han desarrollado, entre ellos la implementación de las instituciones propias de la inversión extranjera. Pese a ello, es evidente que aunque ya han sido varios los avances y esfuerzos que se han ido llevando a cabo en Colombia, lejos estamos de poseer una asimilación pacífica y armónica de los compromisos internacionales que se aceptan.

Varios son los problemas que aquejan al Estado colombiano en el tema analizado y consideramos que la situación se debe, especialmente, a la falta de conocimiento por parte de los funcionarios públicos de los compromisos internacionales que asume el país. Como pudimos notar, la decisión que se toma por parte de la Contraloría General de la República, pese a las diferentes advertencias planteadas por el inversionista sobre la posibilidad de violar el tratado de protección a las inversiones celebrado con Suiza, parece no haberse tenido en cuenta, lo que constituyó la principal causa del proceso arbitral, que terminó con una condena bastante onerosa en cabeza del la Nación.

Sobre el particular es importante tener en cuenta que aunque el fallo dictado por la Contraloría General de la República puede tener reparos desde el punto de vista del derecho administrativo tal como se mencionó en su momento, el ejercicio de la función de control fiscal no es, propiamente, una incompatibilidad latente con los compromisos internacionales vinculantes para Colombia. Es decir, la potestad del órgano de control es absolutamente legítima, no obstante el ejercicio de dicha función, como todas las demás del Estado, no puede ejercerse de una forma tal, que solamente se tengan en cuenta las disposiciones del derecho nacional. En ese sentido, es preciso que las autoridades estatales asuman compromisos reales y efectivos para garantizar que sus actuaciones materiales y las interpretaciones jurídicas que se hagan en el ejercicio de sus deberes funcionales, no obedezcan a

ejercicios hermeneúticos aislados de las obligaciones internacionales y se funden unilateralmente en el derecho nacional.

Así las cosas, es preciso trabajar de manera urgente en la capacitación de las diferentes autoridades nacionales, en especial las de carácter administrativo y judicial, en temas de derecho internacional general y, cuando sea preciso, en los demás tópicos jurídico internacionales que se relacionen con las funciones que el derecho colombiano le haya asignado a sus cargos. Así pues, por ejemplo, era esencial que la Controlaría General de la República al ejercer legítimamente su función, analizara las consecuencias que en el derecho internacional de las inversiones, hubiese podido tener su decisión.

En ese sentido es importante tener en cuenta, que está claro que las incompatibilidades que se pueden generar entre el derecho administrativo colombiano y las obligaciones internacionales no necesariamente son antinomias evidentes, es decir, no se trata de contradicciones que a todas luces se identifican con la simple lectura de los textos normativos, sino que se desprende de situaciones puntuales a partir de los efectos que genera una acción de orden nacional, en relación con los derechos que se le reconocen a un inversionista extranjero. Esa es la situación que pudimos observar en el caso del proceso de responsabilidad fiscal analizado, pues en principio, podemos decir que se trata de un procedimiento ajustado al derecho nacional, pero que tiene un defecto, el cual se materializa en la inobservancia del derecho internacional, también, aplicable, circunstancia que abrió el camino a las instancias internacionales.

En ese sentido, podemos concluir que el hecho mismo de participar en las relaciones internacionales de carácter económico a través de la aceptación de tratados internacionales en la materia, ya genera en sí mismo riesgos para la administración y por esta razón, es importante conocer y comprender la dinámica de los tratados de inversión que reconocen los amplios derechos que mencionamos, a saber: trato justo y equitativo, nación más favorecida, trato

nacional, entre otros. En ese sentido, el riesgo para el Estado receptor por este tipo de cláusulas se conjuga en la medida que, una vez impactan los contratos estatales, éstas son generadoras de derechos y de expectativas legítimas de protección a la inversión. En consecuencia, lo anterior se traduce en limitaciones sobre la facultad soberana de regulación y protección a cargo del Estado en diferentes temáticas, entre las que se podrán destacar los derechos humanos, el medio ambiente, la seguridad social y la salud.

Así pues, después del análisis propuesto podemos identificar a nivel macro riesgos principales en la materia en cuestión, dentro de los cuales se destacan los siguientes: en primer lugar, un débil poder de negociación de tratados y contratos en cabeza del Estado colombiano, derivado de diferentes circunstancias las cuales pueden obedecer a la falta de preparación técnica, a una imprudencia en la gestión de los intereses nacionales, temas de corrupción, etc.; en segundo lugar, encontramos la interpretación amplia y discrecional de las diferentes cláusulas que se pactan en los tratados internacionales en materia de inversión por parte de los tribunales de arbitraje, que impactan de forma directa las disposiciones contractuales que el Estado acuerda con un inversionista y; en tercer lugar, los elevados costos y las condenas onerosas que pueden resultar de un laudo arbitral.

En ese sentido, todos los riesgos que hemos identificado, pueden generar una parálisis regulatoria y/o una pérdida total o parcial del control estatal de sus políticas públicas y estrategias de desarrollo, así como la reducción de sus espacios políticos. En ese sentido, un Estado como el colombiano puede verse en la necesidad de administrar los riesgos en la materia a través del cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos, en detrimento de garantizar la satisfacción de sus propios intereses y necesidades.

Ahora bien, como resultado de esta investigación pudimos comprobar que el Estado colombiano, dentro de su ordenamiento jurídico cuenta, desde hace unos años, con normas e instrumentos que ya han identificado los diferentes riesgos

que se pueden presentar con ocasión de los compromisos internacionales derivados de la inversión extranjera, proponiendo algunas estrategias y mecanismos para gestionarlos. No obstante, parece tratarse de lineamientos vacíos que no van más allá del papel, pues a la luz de la experiencia que deja la primera controversia arbitral de inversión que enfrentó nuestro país, podríamos pensar que, o no son mecanismos eficientes y eficaces para tales fines o, no fueron tenidos en cuenta por razones que no son evidentes, a la luz de la información pública del proceso adelantado por la Contraloría General de la República y el proceso arbitral surtido ante el CIADI.

En la misma línea del párrafo anterior, podemos concluir que, a partir de los instrumentos del derecho colombiano para gestionar los riesgos en la materia en cuestión, no existen ni responsables reales de dichos procedimientos, ni acciones concretas en relación con el objetivo de reglamentar la atención de controversias internacionales de inversión, puesto que, a todas luces no hay criterios definidos, ni reglas conforme a las cuales se pueda actuar. En ese sentido, las normas y documentos analizados, si bien especifican la importancia para el Estado de asumir los riesgos y mitigarlos, ninguno de ellos determina, a ciencia cierta, cuáles son, ni establece mecanismos claros de identificación, clasificación, evaluación, tratamiento y monitoreo de los mismos.

Así las cosas, una solución a dicha circunstancia problemática que aqueja al Estado colombiano supone el diseño e implementación de un Plan Global de Administración de Riesgos, que incluya no solamente aquellos de planeación contractual, sino que abarque, incluso, los que se puedan identificar desde las etapas de negociación de los acuerdos de protección a las inversiones y, desde el diseño de los lineamientos de una política pública que pueda generar contradicción con los compromisos internacionales vigentes para el Estado.

Todo lo anterior, teniendo en cuenta que una buena identificación de los riesgos, puede ayudar a prevenir conflictos o litigios tanto en el plano nacional, como internacional, pero también, tienen más efectos favorables para el Estado, tales

como una mejor gestión y uso de los recursos públicos, así como la construcción de una planeación eficaz en materia administrativa.

Ahora bien, considerando que no existe una metodología para el tema objeto de la investigación y que el diseño de alguna, por supuesto, es susceptible de ser mejorada en todos y cada uno de sus aspectos, la propuesta planteada es un instrumento que adopta aspectos de distintas fuentes metodológicas, con el objetivo de configurar, una herramienta que cuente con los elementos mínimos de una metodología de gestión de riesgos para la prevención de hechos ilícitos internacionales. Así pues, nuestra propuesta metodológica se edificó a partir de una secuencia de análisis que nos conllevó a determinar una hoja de ruta que transita por los siguientes pasos: Establecimiento de entornos, identificación y clasificación de riesgos; Evaluación y calificación de los riesgos; Asignación y tratamiento y; Monitoreo y gestión.

Lo anterior permitió diseñar un mecanismo con seguimiento continuo y permanente, centralizado y coordinado a nivel interinstitucional, tendiente eminentemente a la prevención o mitigación de eventos que pueden ocurrir y que de llegar a materializarse, impactarían los procesos de ejecución contractual, por lo cual se hace ostensible su seguimiento.

De igual manera consideramos, que la propuesta solamente podría llegar a tener grados de efectividad favorables, siempre y cuando comprenda un conjunto de actividades coordinadas y que incluya unos lineamientos de política de administración de riesgos frente a hechos ilícitos internacionales, junto con un mapa de riesgos mediante una matriz de seguimiento y monitoreo.

Finalmente, hay que decir que, si bien los mecanismos de seguimiento que se han propuesto no pueden ser desestimados bajo el argumento, cada vez más débil, de su calidad de derecho blando y, en consecuencia, su ausencia de fundamento en una norma positiva y vinculante, las tendencias de la administración pública contemporánea, indican que los procedimientos no derivan su eficacia de su naturaleza, si no de sus efectos, de tal manera que dicha metodología, consideramos, debe ser analizada y juzgada por los efectos favorables según sus

objetivos, es decir, si logra permitir administrar los riesgos en la materia y por ende, prevenir los hechos ilícitos internacionales que generan consecuencias muy robustas a cargo del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriel. Anuario de Derecho Internacional. Revistas Jurídicas UNAM. Disponible en: [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>].

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. “Las características del arbitraje CIADI”, *Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional*; disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>

ANGHIE, Antony. “Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law” (2004). Orford, Anne “International Authority and the Responsibility to Protect” *Cambridge University Press* (2011).

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

ANZOLA, Marcela. Colombia Vs. Glencore: empizan las demandas mineras, (En línea) Disponible en: <https://razonpublica.com/index.php/9431-colombia-vs-glencore-empiezan-las-demandas-mineras.html>

ASUNTOS LEGALES. Bogotá, 5 de marzo de 2018; disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/la-defensa-del-estado-en-controversias-internacionales-cuesta-us35-millon-2605846>. Consultado el 18 de noviembre de 2019.

AUDITORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Documentos de trabajo de la Auditoria General de la República. Informe: metodología que debe utilizarse para su detección, Indicadores o información que debe ser verificada y revisada para establecer el riesgo, Matriz de identificación y análisis de riesgos asociados a la contratación estatal. (En línea) disponible en: <file:///D:/user/nataly.vera/Downloads/Los%20riesgos%20asociados%20a%20la%20contrataci%C3%B3n%20estatal%20en%20Colombia.pdf>

BOADA, Sebastián. “El concepto de expropiación según el arbitraje internacional de inversiones”. En Ensayos arbitrales. Centro de Arbitraje y Conciliación de Bogotá, 2010.

CAMINITI, Franz. “El arbitraje, el Derecho Internacional de las Inversiones y la doctrina Calvo.” Disponible en: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/E/el_arbitraje_el_derecho_i

[internacional de las inversiones y la doctrina calvo/el arbitraje el derecho internacional de las inversiones y la doctrina calvo.asp?CodSeccion=1](#)

(Consultado el 11 de abril de 2019).

CARTY, Anthony “The Decay of International Law”. 1986

CASARES, Isabel. “La importancia de la gestión de riesgos en las empresas. (en línea) Disponible en:<http://blogs.portafolio.co/buenas-practicas-de-auditoria-y-control-interno-en-las-organizaciones/la-importancia-la-gestion-riesgos-las-empresas/>

CASTILLO MENESES, Yadira. El sesgo de debilidad a favor del inversionista extranjero. Un límite a la responsabilidad internacional de las corporaciones transnacionales. Bogotá, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho, 2015.

CEPAL. “Inversión Extranjera directa en América Latina y el Caribe”. 2018. Disponible en:
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43689/13/S1800684_es.pdf.

CHEVALLIER, Jacques. El estado posmoderno. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

CIADI. Carga de casos del CIADI — Estadísticas edición 2019-2. Disponible en:
[https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/ICSID_Web_Stats_2019-2_(Spanish).pdf)

CLAROS ALEGRÍA, Pedro, “El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”. España: Revista del Club Español de Arbitraje, 2008.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE. Manual para la Identificación y Cobertura del Riesgo en los Procesos de Contratación, (En línea) disponible en:
https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/cce_manual_riesgo_web.pdf ,

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. La Inversión y las Nuevas Políticas Industriales, Informe sobre las inversiones en el mundo 2018, UNCTAD (En línea), Disponible en:
https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2018_overview_es.pdf

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil catorce (2014) Radicación número: 05001-23-31-000-1998-00038-01(27777)

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera
Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, Bogotá, D.C., doce (12) de
noviembre de dos mil quince (2015), Radicación número: 05001-23-31-000-2004-
01667-01 Actor: SOCIEDAD BAAN COLOMBIA LTDA, Demandado:
CONTRALORIA GENERAL DE ANTIOQUIA.

**CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL REPÚBLICA DE
COLOMBIA DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN - DNP.**
Documento N° 3684 Fortalecimiento de la estrategia del estado para la prevención
y atención de controversias internacionales de inversión, (En línea), Disponible en:
https://www.nuevaleislacion.com/files/susc/cdj/conc/conpes_3684.pdf,

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Declaración de la Contraloría
General de la República sobre demandas internacionales que desconocen el
ordenamiento jurídico Colombiano. Comunicado de prensa N° 040 (En línea)
Disponible en: https://www.contraloria.gov.co/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/control-fiscal/responsabilidad-fiscal/certificado-de-antecedentes-fiscales/persona-natural?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=1434951&_101_type=content&_101_urlTitle=declaracion-de-la-contraloria-general-de-la-republica-sobre-demandas-internacionales-que-desconocen-el-ordenamiento-juridico-colombiano&inheritRedirect=false

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-055 de 18 de febrero
de 1993, M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 de 6 de junio de
2019, M.P. Carlos Bernal Pulido.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-583 de 13 de
noviembre de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-968 de 21 de octubre
de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-690 de 12 de agosto
de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-005 de 11 de enero de
2013, M.P. Mauricio González Cuervo,

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C- 967 de 21 de
noviembre de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-103 de 11 de marzo de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-909 de 31 de octubre de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

CORTEZ PEREZ, Ignacio. “Experiencia Argentina en la defensa de las reclamaciones inversionista Estado” Seminario organizado por la OEA administración del régimen de los tratados de libre comercio, Ciudad de Puebla, México 22-24 marzo de 2006.

DAUGAREILH, Isabelle. “Responsabilidad social de las empresas transnacionales: Análisis crítico y prospectiva jurídica” en *Cuadernos de relaciones laborales*, vol. 27, núm. 1, Madrid, 2009.

DAVILA, Luis Guillermo. Régimen jurídico de la contratación estatal: aproximación crítica a la Ley 80 de 1993, Bogotá: Legis, 2.^a ed., 2003.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Concepto jurídico radicado N° 20166000074771 (En línea), Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=77352>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia Departamento Nacional de Planeación, Conpes 3714 de 2011, del riesgo previsible en el marco de la política de contratación Pública.

DESAI, Mihir; MOEL, Alberto. *Czech Mate: Expropriation and Investor Protection in a Converging World.* Journal of Finance, 12, 2008.

DIARIO EXPANSIÓN. ¿Cuánto cuesta acudir a un arbitraje internacional?, (En línea), Disponible en: <https://www.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/09/26/59ca961046163f29768b457a.html> Fecha de consulta: septiembre de 2019.

DIAZ DÍEZ, Cristian Andres. La liquidación. Centro de Estudios de Derecho Administrativo, Librería Jurídica Sanchez, 2016.

ESTY, Daniel. Comercio Internacional y Medio Ambiente, (En línea) Disponible en: <http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentosspa/Modulol/Esty%20Lecutra%20en%20Espanol.pdf> Fecha de consulta: Septiembre de 2019.

FAJARDO-PEÑA, Santiago. “La responsabilidad fiscal de los contratistas del Estado”, en: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 18, 2017, p.330. (En línea). Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5014/6002>

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?." Revista de la Corte Española de Arbitraje, 24 (2009): En: https://eprints.ucm.es/9260/1/RCEA_2009_MATRIMONIO_DE_AMOR.pdf

Fiscalía General de la Nación. Lineamientos para documentos de política pública – Dirección de Políticas y Estrategia – Fiscalía General de la Nación. En línea. <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Lineamientos.pdf>

GALLARDO CIRO, Raúl Alberto. El futuro próximo del arbitraje de inversiones en Colombia. [Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales](#), Vol. 7, N°. 7, 2014. (En línea). Disponible en: <https://revistas.unicolmayor.edu.co/index.php/mjuridica/article/view/331>

GARCÍA GÓMEZ, María Monserrat. "Los mapas de riesgos. Concepto y metodología para su elaboración", en: *Rev San Hig Púb.* Vol. 68, N° 4, 1994, p. 443. (En línea). Disponible en: https://www.msccs.gov.es/biblioPublic/publicaciones/recursos_propios/resp/revista_cdrom/VOL68/68_4_443.pdf

GARCÍA-AMADO, Luis Rico. KUCCHARZ, Tom. Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal. (En línea), disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148>, 2013.

GARCÍA, Olano. Teoría del Control de Convencionalidad, (En línea), disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003, fecha de consulta: Febrero de 2019.

BIACCHI GOMES, Eduardo; CARTAWINTER, Luís Alexandre; BUTTENDORFF R. BECKER, Amanda C. Supranacionalidad y Derechos Fundamentales: Efectividad del Derecho Derivado en la Comunidad Andina y en el Sistema de Integración Centroamericano, *Estudios constitucionales*, vol.16, n.1, 2018.

GONZALEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje de Inversión. Editorial Porrúa. México. 2009.

HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties attract FDI? Only a Bit... and they could bite.* Banco Mundial, 2003. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002018000100099

JOHNSON Lise; VOLKOV, Oleksandr. "Responsabilidad Estatal por Cambios Regulatorios: Cómo las Reglas de Inversión Internacional Invalidan el Derecho Interno", en *Investment Treaty News Quarterly. Boletín trimestral sobre el derecho*

y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible. Número 1, Tomo 5. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, 2014. (En línea). Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2014/iisd_itn_jan_2014_es.pdf.

KOSKENNIEMI, Martti “Fragmentation of international Law? Postmodern Anxieties” *Leiden Journal of International Law* (2002). B.S. Chimni “International Institutions Today: An Imperial Global State in the Making” *European Journal of International Law*, 2004.

LINARES JARA, Mario. El Sistema Internacional de Protección de las Inversiones Extranjera y los Contratos Públicos, Asociación de Estudios en Derecho Administrativo- AEDA, Editora Jurídica Gríjley, Lima, 2006.

MALIK, Mahnaz. “Recent developments in the definition of investment in international investment agreements”. Documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 2008. (En línea). Disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2008/dci_recent_dev.pdf

MARIN CARDONA, Yessica. Asignación de riesgos en proyectos de infraestructura vial de cuarta generación bajo esquema de APP en Colombia. Estudio Comparativo. Universidad EAFIT, Medellín, 2017.

MARTI GUTIÉRREZ, Adolfo. *¿Qué Efectos reales tiene la inversión extranjera en un país?* (En línea) Disponible en: <https://hoy.com.do/que-efectos-reales-tiene-la-inversion-extranjera-en-un-pais/>

MARTÍNEZ RANGE, Rubí. *El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina*. En línea, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422012000100003,

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. CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No 188. Santiago de Chile. Organización de las Naciones Unidas, 2009, p. 26. (en línea). Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/330492020.pdf>,

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. CEPAL, Serie Desarrollo Productivo No 188. 2009.

NORMA ISO31000 (En línea) Disponible en: <http://www.foncodes.gob.pe/portal/index.php/convocatorias-a-myperu/archivos-pdf-sci/1387-capacitacion-sistema-gestion-de-riesgos-iso-31000-aenor-franco-gamboni-30-05-a-11-06-2018/file>

OBSERVATORIO DE MULTINACIONALES EN AMÉRICA LATINA – OMAL. Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal, (En línea) Disponible en: http://omal.info/IMG/article_PDF/Tratados-bilaterales-de_a6148.pdf

ONU. ASAMBLEA GENERAL. A/RES/56/83 Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. (En línea). Disponible en: http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr_int_services.GenericView?p_docname=22634788.PDF&p_type=DOC&p_viewservice=VAHWSTH&p_searchstring=

ORFORD, Anne;, KOSKENNIEMI, Martti & ANGHIE, Antony. Imperialismo y Derecho Internacional, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016.

PEREZ ESCALONA, Susana. “Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International vs. República de Argentina”. Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/perezescalona.pdf> (Consultado el 12 de abril de 2019).

PÉREZ, Jose. “La doctrina y cláusula Calvo en el Derecho Internacional, su evolución y práctica. En: Zapata, Adriana (Comp.). Derecho Internacional de los Negocios: alcances. 1ª. ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

PRIETO RIOS, Enrique; URUEÑA, Rene. *Glencore contra Colombia : una condena agrídulce*, en: “Razón Pública” (En línea). Consultada el 20/09/2019. Disponible en: <https://razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/12260-glencore-contra-colombia-una-condena-agridulce.html>

PRIETO, Gustavo. “Evolución del Derecho Internacional de Inversiones: hacia un régimen global estable”. FORO: Revista de Derecho, No. 17. Ecuador: 2012.

PRIETO, Gustavo. Trato justo y equitativo en el Derecho Internacional de las Inversiones. Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Corporación Editorial Nacional, 2013.

REVISTA DINERO. Los millonarios litigios contra el Estado. (En línea). Disponible en: <https://www.dinero.com/empresas/articulo/litigios-en-colombia/276329>

RICO GARCÍA, Luis. Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal, (En línea), Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148>.

RIJCKEGHEM VAN, Willy & QUEVEDO, Fernando. “Inversión extranjera directa en América Latina: una revisión de sus determinantes domésticos”. En Lombaerde, Philippe. (Coord.), La inversión extranjera en Colombia. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 1993.

ROBAYO GALVIS, Wilfredo. “Responsabilidad de empresas transnacionales y comercio justo” en: Comercio justo, globalización y medio ambiente. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

ROBAYO GALVIS, Wilfredo. *El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano*, en: “¿El Estado constitucional en jaque? Tomo II: El Estado constitucional y el derecho internacional”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

ROBAYO GALVIS, Wilfredo. La defensa internacional de los intereses del estado en América Latina. Reflexiones en torno al territorio, los derechos humanos y los intereses económicos. Temas de Derecho Internacional Público n.º 1. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

RODRÍGUEZ BARRIOS, María Angélica & RODRÍGUEZ VARGAS, Juana Paola. Acuerdos bilaterales para la protección de la inversión extranjera en países subdesarrollados. El caso colombiano. Bogotá, Universidad Javeriana, 2001.

SAKONG, Il; KOH, Youngsun. La economía coreana. Seis décadas de crecimiento y desarrollo. (Traducido por la CEPAL). Santiago de Chile, ONU-CEPAL – KDI – KCLAC, 2010, pp. 182-187. (En línea). Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1449/4/S1800642_es.pdf

SANCHEZ Alexander. Las normas de derecho blando son una inmunidad para el país. Legis, (En línea) disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/en-ejercicio/administrativo-y-contratacion/alexander-sanchez-las-normas-de-derecho-blando> fecha de consulta noviembre de 2019.

SANTAELLA, Hector. El soft law en derecho administrativo y su control judicial en Colombia. Universidad Externado de Colombia, (En línea) Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5467> .

SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. El Derecho Administrativo del Sistema Comunitario Andino., (En línea), Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3684/3866>.

SEMANA SOSTENIBLE. Los 9 municipios que le dijeron NO a la minería usando la consulta popular. (En línea). Disponible en:

<https://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/los-9-municipios-que-le-dijeron-no-a-la-mineria-usando-la-consulta-popular/41872>.

SHEMBERG, Andrea. “Stabilization clauses and human rights”. Documento presentado en el segundo Foro anual de negociadores de inversión de los países en desarrollo. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDD)/South Center, Marrakech, 2008. (En línea). Disponible en: <http://documents.worldbank.org/curated/en/502401468157193496/pdf/452340WP0Box331ation1Paper01PUBLIC1.pdf>

SINGH, Prabhakar & MAYER, Benoit “Critical International Law: post colonialism, postrealism and transnationalism” *Indian Journal of International Law*, 2015.

SNYDER, Jeffery. (2007) “Compañías británicas Free-standing y la fiebre del oro en Venezuela” Disponible en: https://www.estudioshistoricos.inah.gob.mx/revistaHistorias/wp-content/uploads/historias_70_85-98.pdf (Consultada: 21 de marzo de 2019).

SOMMER, Christian G. "La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos, en: " ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional [En línea], 6 (2013): 95-130. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acidi/article/viewFile/2963/2402>

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

TEITELBAUM, Alejandro. *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo.* Barcelona, Icaria, 2010, pp. 82-85.

TUTASAURA CASTELLANOS, Oscar. “La expropiación indirecta en el derecho”, en: Portafolio. Bogotá, noviembre 1 de 2007. (En línea). Disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/finanzas/expropiacion-indirecta-derecho-311758>

UNCTAD. “Investor-State disputes arising from investment treaties: a review”, *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development* (UNCTAD/ITE/IIT/2005/4), Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, 2005, p. 39

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties, 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, 2006, p. 48.

UNCTAD. Informe sobre las inversiones en el mundo 2019. Disponible en: https://unctad.org/en/Pages/DIAE/World%20Investment%20Report/World_Investment_Report.aspx

UNCTAD. World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International. Ginebra. Publicación de las Naciones Unidas, 2003, p. 111

VELA ORBEGOZO, Bernardo. *El dilema del ciadi: ¿garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los estados receptores?*, En: Temas de Derecho Internacional Público 1.. La defensa internacional de los intereses del Estado en América Latina. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018.

VILLEGAS CARRASQUILLA, Lorenzo. “Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: Un análisis de la expropiación indirecta”. En Revista internacional de arbitraje. Enero a junio de 2010.