

ADRIANA MILENA PERILLA MEDINA

**PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL EN LA INVERSIÓN EXTRANJERA:
CASO DE INGEOMINAS Y C.I PRODECCO – GLENCORE
(TESIS DE GRADO)**

BOGOTÁ D.C, COLOMBIA

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO

Rector:	Dr. Juan Carlos Henao
Secretaria general:	Dra. Martha Hinestrosa Rey
Decana de la facultad de derecho:	Dra. Adriana Zapata Giraldo
Directora del Departamento de Derecho Constitucional:	Dra. Magdalena Correa
Director de tesis:	Dr. Wilfredo Robayo Galvis
Presidente de tesis:	Dr. Magdalena Correa
Examinadores:	Dr. Bernardo Vela Orbegozo Dr. Erick Tremolada

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	v
1. LA RESPONSABILIDAD FISCAL	1
1.1 Concepto de la responsabilidad fiscal en Colombia.....	1
1.2 Los elementos de la responsabilidad fiscal	3
1.3 La gestión fiscal: Presupuesto sustancial para delimitar el sujeto pasivo de la responsabilidad fiscal.	5
2. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	9
2.1 Concepto de expropiación indirecta.....	9
2.2 Objeto de la expropiación indirecta	10
2.3 Elementos cruciales de la expropiación indirecta	11
2.4 Casos	11
3. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO.....	15
3.1 Criterios para determinar el contenido del estándar.....	16
3.1.1 La estabilidad del sistema legal y comercial del país receptor de la inversión	17
3.1.2 El respeto de las expectativas creadas que tenía el inversionista al momento de invertir	20
3.1.3 La transparencia de las decisiones tomadas por el Estado receptor	24
3.2 Desarrollo en el derecho colombiano: El Acuerdo Colombo-Suizo para la promoción de inversiones	26

4. PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRODECCO VS CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.....	28
4.1 El Caso Concreto.....	28
4.1.1 Antecedentes contractuales.....	28
4.1.2 Modificaciones al contrato 044/89 con el otrosí no. 8	29
4.1.3 Problema jurídico del proceso de responsabilidad fiscal.....	30
4.1.4 Argumentos de Prodecco:.....	30
4.1.5 Consideraciones del despacho para sancionar fiscalmente	33
5. DEL LAUDO ARBITRAL.....	37
5.1 Pretensiones de Prodecco	37
5.2 Excepciones de Colombia.....	38
5.3 Decisión del Tribunal	39
CONCLUSIONES.....	41
REFERENCIAS.....	43

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la contratación fiscal a los particulares que contratan con recursos públicos, en aplicación del artículo 267 constitucional, es absolutamente claro el sometimiento al derecho público, a los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal que se deben aplicar para las entidades estatales, incluidas aquellas con participación de capital privado o con un régimen de derecho privado (Gómez, 2014, p. 76).

En esta perspectiva constitucional y jurisprudencial, es válido predicar que existe “el régimen de contratación pública y fiscal”, aplicable a cualquier persona que contrate con recursos del erario, la cual está sometida al cumplimiento de los principios constitucionales de la gestión fiscal: economía, eficacia, eficiencia, equidad y valoración de costos ambientales, con independencia de que se apliquen normas o procedimientos de derecho público o privado. (Gómez, 2014, p. 76; Sentencia C-716, 2002)

La contratación con los entes del estado tiene dos sentidos: uno restringido, relacionado con la ejecución del presupuesto público que le es asignado, y otro amplio y general, dado que existen diversas formas de disponer de los recursos públicos mediante convenios, contratos o acuerdos, sin que estrictamente, se genere impacto en el presupuesto, pero sí en el patrimonio público. (Gómez, 2014, p. 77)

En el presente trabajo se expondrá el proceso de responsabilidad fiscal que realizó la Contraloría General de la República contra un inversionista extranjero en este caso PRODECCO-GLENCORE filial de la multinacional suiza Glencore International, celebró un contrato de exploración y explotación de una mina de carbón en el Departamento del César en los años 70. En 2010, el Estado a través de la desaparecida Ingeominas y Prodecco celebraron un Otrosí que modificó, entre otros aspectos, la fórmula utilizada para el cálculo de las regalías cuando la producción de carbón supera los 8 millones de toneladas (MT) por año. El objetivo de esta reforma era reducir el valor de las regalías para permitir que la empresa invirtiera en la expansión de la mina y, de esta forma, aumentará, no sólo la producción, sino también, el monto

total percibido por el Estado por concepto de regalías. No obstante, la Contraloría consideró que el Otrosí era lesivo para el Estado y, en consecuencia, condenó a la empresa en su calidad de colaborador de la administración y a varios funcionarios de Ingeominas a pagar una suma equivalente a 19.100.00 USD (Niño, 2019). Según la Contraloría, Prodecco habría actuado con dolo para beneficiarse injustificadamente del Otrosí No.8, que cambiaba el cálculo de lo que debía pagar la compañía por explotar el carbón. A causa de esta modificación, el Estado habría dejado de recibir alrededor de 60 mil millones de pesos. Acatando el fallo de la Contraloría, el 19 de enero de 2016, Prodecco pagó 63 mil millones de pesos al Estado colombiano (Niño, 2019).

Con el objetivo de controvertir la decisión de la Contraloría, Prodecco y Glencore demandaron al Estado colombiano bajo el tratado de protección de inversiones suscrito entre Colombia y Suiza ante el CIADI. En resumen, el Tribunal decidió que Colombia fue responsable internacionalmente por violar las obligaciones estipuladas en el TBI suscrito entre Suiza y Colombia.

Dentro del presente trabajo, se expone la expropiación indirecta y el principio de trato justo y equitativo que son cláusulas pactadas en los tratados internacionales para el cumplimiento y equilibrio entre las partes contratantes. Principio que el inversionista planteó que estaba siendo vulnerado por el Estado Colombiano con la imposición de la multa del proceso de responsabilidad fiscal.

Esta investigación busca exponer los argumentos planteados por las partes en el proceso de responsabilidad fiscal y en el laudo arbitral que evidencia los errores contractuales surgidos con la modificación del contrato con el Otro sí No. 8, para discutir y analizar las razones que dieron lugar a las sanciones impuestas tanto nacional como internacionalmente.

1. LA RESPONSABILIDAD FISCAL

1.1 Concepto de la responsabilidad fiscal en Colombia

La responsabilidad fiscal es una especie de la responsabilidad, que generalmente por ministerio de la Constitución o de la ley, es exigible a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, en razón a los daños patrimoniales causados como consecuencia de su gestión irregular. Su respaldo está en los artículos 268 numeral 5 y 272 inciso 6 de la Constitución Política, que atribuyen dicho control a la Contraloría General de la Nación. La Corte Constitucional, por su parte, indica que la responsabilidad fiscal constituye:

Una especie de responsabilidad que en general se puede exigir a los servidores públicos o a quienes desempeñen funciones públicas, por los actos que lesionan el servicio o el patrimonio público, e incluso a los contratistas y a los particulares que hubieren causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado. (Sentencia C-619 , 2002, p. 15).

Conforme a la normativa constitucional la responsabilidad fiscal únicamente se puede predicar respecto de los servidores públicos y particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir que tengan poder decisorio sobre los bienes o fondo del Estado puestos a su disposición. De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 610 de 2000 establece que los actos que materialicen la responsabilidad fiscal comporten una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal. (Recurso de apelación No. CD 000244, 2015, p. 11)

La responsabilidad fiscal se considera un principio estructural del Estado Social y Democrático de derecho, pues contribuye a la protección del erario público, en razón a que, una vez consolidado un daño patrimonial al Estado, éste pueda promover las acciones (civiles, penales, fiscales y disciplinarias del caso) con el fin de obtener la reparación de los eventuales perjuicios padecidos como consecuencia de los actos de gestión irregulares de quienes tienen a su cargo el manejo de bienes y recursos públicos.

En el mismo sentido, Meléndez Julio (2015), indica que el principio general de responsabilidad es una máxima que establece una relación de causalidad entre los agentes del Estado y el ordenamiento jurídico, que en lo relativo al principio de legalidad y al modo de cumplimiento de funciones de los servidores públicos, se traduce en una sanción en caso de infracción al orden jurídico existente. Su configuración se determina por la ocurrencia de una consecuencia jurídica entendida como el resultado de la comisión de una conducta. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado explica el surgimiento de la responsabilidad fiscal:

En nuestro país la responsabilidad fiscal ha adquirido suficiente grado de identidad. Surge cuando el daño patrimonial del Estado es producido por un agente suyo que actúa en ejercicio de la gestión fiscal de la administración o por particulares o entidades que manejan fondos o bienes públicos y como consecuencia de irregularidades encontradas por los funcionarios de los organismos de control fiscal, quienes tienen competencia para adelantar los respectivos procesos, deducir la consiguiente responsabilidad e imponer las sanciones pertinentes, para lo cual cumple el tipo de gestión fiscal a que se refiere el artículo 267 de la Carta Política, en donde la responsabilidad fiscal encuentra su específico fundamento. (Concepto 732, 1995)

Bajo las mismas directrices, la Corte Constitucional (2002) destaca que para establecer este tipo de responsabilidad, se debe llevar a cabo un proceso exclusivamente administrativo. Acorde a los artículos 1 de la ley 610 de 2000, la definición y objeto del proceso de responsabilidad fiscal respectivamente son:

Artículo 1°. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado. (Subrayado fuera del texto)

En cuanto al objeto de la responsabilidad fiscal, Puentes & Arana (2016) señalan que, la responsabilidad fiscal tiene dos finalidades: preservar la ética administrativa y garantizar la efectividad de los derechos tanto de las entidades del Estado como de sus asociados. Para materializar dichas finalidades, la ley 610 de 2000, en su artículo 4° establece como objeto de la responsabilidad fiscal:

Artículo 4°. 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 responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal.

Parágrafo 1°. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad.

De esta norma, se puede precisar que el fin buscado por la responsabilidad fiscal es la indemnización del daño causado al patrimonio público. Lo anterior, por medio de la determinación de quiénes tienen la titularidad de la gestión fiscal, pues son estos últimos los llamados a responder por el detrimento patrimonial de los fondos o bienes del Estado puestos a su disposición.

1.2 Los elementos de la responsabilidad fiscal

De acuerdo con el artículo 5 de la ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal estará integrada por los siguientes elementos:

Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal.

Un daño patrimonial al Estado

Un nexo causal entre los dos elementos anteriores y con el debido proceso y que da lugar a un procedimiento garantista, objetivo, con pruebas, que logre desvirtuar la presunción de inocencia. (Gómez, 2014, p. 288)

El juzgador fiscal debe encontrar probado dentro del proceso de responsabilidad fiscal el daño patrimonial al Estado, sin embargo, no es cualquier daño, sino aquel que cumpla con las características de real, cierto, consolidado, con ocasión de la gestión contractual, es decir, producto del incumplimiento de una obligación estipulada en el contrato estatal, imputable al contratista y que por la causación de este daño deba ser declarado responsable. De igual forma, la ley consagra que la conducta de quién realiza la gestión fiscal debe ser dolosa o gravemente culposa, inclusive, el artículo 118 de la ley 1474 de 2011¹, se consagraron presunciones legales para efectos de establecer las conductas por las que se incurre en procesos de responsabilidad fiscal. Es así como el artículo 118 del mencionado estatuto preceptúa:

Art. 118. Determinación de la culpabilidad en los procesos de responsabilidad fiscal. El grado de culpabilidad para establecer la existencia de responsabilidad fiscal será el de dolo o culpa grave.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con dolo cuando por los mismos hechos haya sido condenado penalmente o sancionado disciplinariamente por la comisión de un delito o una falta disciplinaria imputados a este título.

Se presumirá que el gestor fiscal ha obrado con culpa grave en los siguientes eventos:

- a) Cuando se hayan elaborado pliegos de condiciones o términos de referencia en forma incompleta, ambigua o confusa, que hubieran conducido a interpretaciones o decisiones técnicas que afectaran la integridad patrimonial de la entidad contratante;

¹ Es de destacar que un esfuerzo hermenéutico y jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado llevo a concluir que las presunciones consignadas en el estatuto anticorrupción eran exequibles, toda vez que pretende garantizar la seguridad jurídica de quienes administran bienes del Estado, y en el eventual caso de estar inmerso en un proceso de responsabilidad fiscal, se respetaran las garantías procesales y constitucionales consagradas para el efecto.

- b) Cuando haya habido una omisión injustificada del deber de efectuar comparaciones de precios, ya sea mediante estudios o consultas de las condiciones del mercado o cotejo de los ofrecimientos recibidos y se hayan aceptado sin justificación objetiva ofertas que superen los precios del mercado;
- c) Cuando se haya omitido el cumplimiento de las obligaciones propias de los contratos de interventoría o de las funciones de supervisión, tales como el adelantamiento de revisiones periódicas de obra, bienes o servicios, de manera que no se establezca la correcta ejecución del objeto contractual o el cumplimiento de las condiciones de calidad y oportunidad ofrecidas por los contratistas;
- d) Cuando se haya incumplido la obligación de asegurar los bienes de la entidad o la de hacer exigibles las pólizas o garantías frente al acaecimiento de los siniestros o el incumplimiento de los contratos;

Ante la norma transcrita, Julio (2015, pag. 367), sostiene que para que un comportamiento adquiera relevancia en materia de responsabilidad fiscal es necesaria la coincidencia de dos elementos: el primero es que al conducta sea dolosa o culposa; y el segundo, es que dicho comportamiento sea realizado en razón de la gestión fiscal, de tal suerte que no basta con que la conducta haya causado un detrimento, pérdida o disminución sin que exista el ejercicio de actos que exijan administración o manejo de recursos públicos en los términos mencionados en el acapite anterior.

1.3 La gestión fiscal: Presupuesto sustancial para delimitar el sujeto pasivo de la responsabilidad fiscal.

El artículo 3 de la ley 610 de 2000 manifiesta:

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.

La delimitación del sujeto pasivo de la acción de responsabilidad fiscal radica, como se expresó, en determinar quien ejerció los actos de gestión irregulares que constituyeron daños patrimoniales al Estado. La Contraloría está obligada a identificar de modo indiscutible quién ejerce gestión fiscal, pues de lo contrario, se violarían derechos fundamentales imperantes en cualquier actuación administrativa; sin perjuicio de las sanciones disciplinarias procedentes en el caso particular. Para el efecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil de Consejo de Estado (1996) define la gestión fiscal en el siguiente tenor:

Gestión significa: acción o efecto de gestionar o de administrar. Gestionar es hacer diligencias conducentes al logro de un negocio cualquiera. Administrar tiene, entre otras acepciones, la de “ordenar, disponer, organizar en especial la hacienda o los bienes”. **Fiscal** es lo que se refiere al fisco y por este se entiende lo relativo al erario, al tesoro público o a la hacienda pública.

Según la norma transcrita la *gestión fiscal* es un criterio para determinar el sujeto pasivo de la acción. Bajo esta aproximación, Olaya (2013) destaca que existe la gestión fiscal en sentido *técnico* y sentido *jurídico*, también denominada como gestión fiscal como elemento de la *tipicidad administrativa*. La gestión fiscal, en sentido técnico, supone cumplimiento del esquema y etapas propias del control fiscal. Así, las entidades públicas, entendidas como *unidades de análisis y control interno*, deben guiar su ejercicio con observancia del principio de legalidad a través de una *gestión interna*, con el fin de conseguir los objetivos propuestos al inicio de la actividad que permitan llegar a un adecuado *control de resultados*. Dicho esto, la noción de gestión obedece a criterios financieros y de administración de empresas que se deben adecuar a la gestión pública en general.

Por su parte, la Corte Constitucional concluyó en la sentencia C-840 de 2001, que el elemento esencial de la gestión fiscal, en sentido jurídico, es *el poder decisorio que se tiene sobre los bienes o fondos del Estado*, pues ante su ausencia, emanan consecuencias distintas a las derivadas de la responsabilidad fiscal. En este sentido, el servidor público cuenta con la disposición material, pero adicionalmente, con una disposición jurídica sobre el patrimonio público que debe llevar a cabo de forma válida y legítima según el marco normativo o la fuente – funcional o contractual- que así lo regule.

Así las cosas, el destinatario del proceso de responsabilidad fiscal no podrá ser aquel que no tenga las calidades y condiciones exigidas por el ordenamiento jurídico para ser gestor fiscal. Dicha condición no se adquiere por el hecho de ser servidor público o de ostentar una relación con dineros o bienes el Estado, ya que la práctica de la responsabilidad fiscal no se predica de un criterio universal, pues implica un juicio selectivo.

En este sentido y acorde con los lineamientos indicados, el tratadista Olaya (2013), señala que existen varios grupos de sujetos pasivos de la acción de responsabilidad fiscal:

(i) quien, en virtud de su calidad de funcionarios o servidores públicos, ejerza actuaciones sobre el patrimonio del Estado. Entonces podrá ser un funcionario de cualquier entidad sometida a vigilancia y control de las Contralorías.

(ii) El segundo grupo lo constituyen aquellos particulares que en el ejercicio de la función pública ejecuten actos que denoten gestión pública sobre los recursos del Estado.

Sin embargo, se piensa que existen otros sujetos pasivos tales como:

(iii) Según lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 610 de 2000, las personas jurídicas de derecho privado son generadoras de conductas antijurídicas dañinas del erario. Un sujeto de derecho de esta naturaleza que se le atribuya una determinada relación o vínculo de gestión fiscal derivado de un contrato estatal, está sujeto a producir un

menoscabo, pérdida o disminución patrimonial dentro de los términos descritos por el artículo 4 de la ley 610 de 2000.

En punto de la gestión fiscal, el deber ulterior que se deriva de aquella es la rendición de cuentas ante las contralorías. Ramirez (2000, pag. 303) destaca que la disposición jurídica mencionada se deriva una posición de garante por parte de quien la goce, pues es una de las obligaciones producto del vínculo existente entre el gestor fiscal y los bienes o recursos que administra de tal suerte que no toda responsabilidad pecuniaria respecto del Estado se constituye en una obligación de carácter fiscal, sino tan solo aquella que emane de la gestión fiscal; razón que circunscribe el alcance de las facultades constitucionales otorgadas a los contralores.

Ahora bien, siguiendo con el estudio de los sujetos contractuales en los contratos de la administración pública, encontramos que las personas jurídicas pueden ser nacionales o extranjeras.

Lo anterior, implica que los inversionistas extranjeros también pueden estar expuestos a las acciones fiscales del Estado colombiano cuando, del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, se derive un daño patrimonial cuya relevancia jurídica active las facultades investigativas y sancionatorias de la Contraloría General de la República y sus dependencias.

2. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

En este capítulo se presentará la expropiación indirecta desde los diferentes casos que se han presentado ante el CIADI para explicar que no es un concepto uniforme y que responde a circunstancias y elementos del caso concreto.

2.1 Concepto de expropiación indirecta

A diferencia de la expropiación directa, que implica la toma de propiedad, la expropiación indirecta puede ocurrir cuando la medida da como resultado la toma real de la pérdida efectiva de la administración, uso o control, o una depreciación significativa del valor de los activos de un inversionista extranjero (Reinisch, 2008, p. 422). Los intentos de definir expropiaciones indirectas se centran en la "interferencia irrazonable", con la "prevención de disfrute" o la "privación" de los derechos de propiedad. (Tutasaura, 2007, p. 11)

En palabras del experto Tutasaura (2007), 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.” (p.11)

La interferencia que realiza el estado es a través de conductas que generalmente vienen de la esfera administrativa, sin embargo, nada impide que provengan de la rama legislativa o jurisdiccional. El Estado es internacionalmente responsable por una conducta atribuible a él, inclusive al actuar a través de sus órganos, pues lo importante es que el comportamiento equivalga a una obligación de derecho internacional. (Páez, 2006, p. 13)

Las expropiaciones indirectas pueden derivarse de una amplia gama de medidas de muy distinta naturaleza, por ejemplo: la intervención de compañías mediante administradores nombrados por el Estado; revocaciones de concesiones, licencias o permisos; impuestos

desproporcionados; temas contractuales; es decir, desde decretos ambientales hasta medidas financieras. (Páez, 2006)

2.2 Objeto de la expropiación indirecta

El objeto de la expropiación indirecta son los bienes, derechos y facultades que a través de las actuaciones estatales se limitan, a saber, entre:

1. **Derechos intangibles:** Según el derecho internacional se considera expropiación todo acto del estado encaminado a quitar la propiedad o el uso de un bien intangible, es decir, patentes y contratos comerciales. La condición indispensable para que sea expropiación indirecta es que la privación del derecho no sea transitoria. Lo anterior, se confirma en los casos *Nowegian Ownerships* y *Chorzow*.
2. **Prohibición de transferir bienes o fondos fuera del país:** Será expropiación indirecta únicamente cuando se compruebe que el propietario hizo todo lo posible para la exportación del bien y que vio frustrada su operación por un acto discriminatorio del gobierno. Lo anterior, se vio al detalle en el caso *Houston Contracting Company* entre Irán y Estados Unidos.
3. **Anulación de licencias y permisos:** Aunque, por definición la expropiación indirecta no recae sobre el derecho de propiedad, si recae sobre uno sus atributos. Un propietario puede verse limitado en su derecho de dominio o uso, incluso, si aún detenta el título de propiedad del bien. El caso *Malek* es un claro ejemplo en que el Tribunal señala que:

«De acuerdo con el precedente del Tribunal, una interferencia con el uso de una propiedad puede equivaler a una toma si dicha interferencia se considera irrazonable. Tal es el caso cuando los hechos demuestran que el propietario se vio privado de los derechos fundamentales de propiedad y parece que esta privación no es meramente efímera. (Páez, 2006)

2.3 Elementos cruciales de la expropiación indirecta (Páez, 2006)

- i. Intensidad de la interferencia con los derechos de propiedad
- ii. Las medidas expropiatorias no deben beneficiar al Estado
- iii. Efecto sobre el inversor como criterio principal: la doctrina del "efecto único"
- iv. Legalidad, transparencia y consistencia
- v. Protección de las expectativas del inversionista legítimo
- vi. Proporcionalidad
- vii. Discriminación

2.4 Casos

En el caso *Phillipe Petroleum Co*, el Tribunal Mixto concluyó que la obligación de compensar nace independiente de si “la propiedad es tangible, como bienes raíces, o intangible, como derechos contractuales.”²

Sin embargo, hay decisiones de tribunales arbitrales que siguen la línea de pensamiento de forma similar y hacen algunas aproximaciones al concepto de expropiación indirecta. En *Wena vs Egypt*, y en igual sentido el caso *SD Myers vs Canadá*, el tribunal concluyó que la expropiación no se limita exclusivamente a derechos tangibles de propiedad o a derechos *in rem*. Por su parte, en el caso *EnCana vs Ecuador* se indicó que, para que haya la expropiación de una inversión o beneficio, los derechos afectados deben existir en virtud de la legislación que los crea; en este caso, de la legislación de Ecuador. Es importante señalar que la expropiación procede respecto de un activo en su totalidad: no debe admitirse por tanto una expropiación parcial, porque de lo contrario la noción perdería el sentido. En el caso de inversiones que han sido formadas por una combinación de activos y derechos, como normalmente es el caso, la expropiación procede respecto de un componente específico en la medida que éste pueda

² Ver *Phillips Petroleum Co. v. Iran*. Award No. 310-56-3 of 14 July 1987. 15 Iran-US Cl. Trib. Rep. 189, 226-29.

separarse del paquete y ser individualmente funcional, distintivo y susceptible de explotación económica.³

De otra parte, en el caso *Penn Central*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que una expropiación regulatoria debe determinarse caso por caso, equilibrando factores como la severidad en el impacto, las legítimas expectativas del dueño y la naturaleza de la regulación. Desde luego la severidad del impacto es fundamental y parte del proceso, pero cosa distinta es asegurar que ahí se agota el ejercicio del derecho, pues en general los tribunales han intentado hacer un balance justo entre los derechos de los inversionistas y los derechos de los Estados para regular. La tendencia en jurisprudencia nos muestra un reconocimiento, explícito o implícito, de que la naturaleza de la medida, juntamente con sus efectos, son los elementos necesarios para determinar la existencia de una expropiación indirecta. Por ello, los tribunales normalmente se alejan de versiones extremas y consideran tanto el carácter como el impacto práctico de la medida.

La Corte agrega, a propósito del caso *Metalclad vs Mexico* que la expropiación no solo incluye abiertas, deliberadas y reconocidas tomas del derecho de propiedad como la transferencia formal del título de dominio, sino que también implica la interferencia encubierta e incidental del uso de la propiedad, que tiene el efecto de privar al propietario del uso o beneficio económico razonable que espera de la propiedad en su totalidad o en gran medida; incluso en beneficio obvio del Estado anfitrión”.

Por su parte, Brownlie destaca frente a la expropiación indirecta:

«Medidas estatales, prima facie un ejercicio legal de los poderes de los gobiernos, puede afectar intereses extranjeros considerablemente sin llegar a la expropiación. Por lo tanto, los activos extranjeros y su uso pueden estar sujeto a impuestos, restricciones comerciales que involucran licencias o medidas de devaluación»

³ Ver *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador. UNCITRAL Arbitration. Award of 3 February 2006. Para. 184.*

Marisol Páez, en su artículo titulado “La expropiación indirecta frente a la CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los estados” se refiere a la noción del concepto en el siguiente tenor:

Un extranjero puede adquirir cualquier bien, tangible e intangible, siempre que se someta a la ley nacional del Estado en que lo adquiere. Sin embargo, ello no implica que en el ejercicio de su soberanía un Estado no pueda imponer ciertas restricciones a dicha adquisición.

De otra parte, bajo los mismos lineamientos indica que:

“El derecho internacional, a su vez, también protege el derecho de propiedad del extranjero, pues a pesar de la soberanía que el Estado detenta, esta puede verse restringida, y más aún, puede constituirse en responsable de sus actos u omisiones que impliquen una violación del derecho internacional.”

Así lo declaró la Corte Permanente de Justicia en el *caso Chorzow* al señalar, «es un principio del derecho internacional, e incluso una concepción general del derecho, que cualquier incumplimiento de un compromiso implica la obligación de reparar».

En el caso *Norwegian*, el Tribunal afirmó que la interferencia de la propiedad constituye expropiación, incluso, aunque un Estado no pretenda interferir con los derechos de propiedad. De igual forma, en este caso se refleja una marcada tendencia a la protección de los derechos incorporales, y no solo a los corporales; como se consideraban según el concepto tradicional de propiedad.

Existen algunos laudos arbitrales que abordan el concepto de expropiación indirecta que adoptan una definición entregada por otros tribunales internacionales. Por ejemplo, en el *caso Waste Managment* se hizo referencia a la figura en estos términos:

«Una expropiación indirecta sigue siendo una toma de propiedad. Por el contrario, cuando se alega una medida equivalente a una expropiación, puede que no haya habido ninguna transferencia, apropiación o pérdida real de propiedad por parte de una persona o entidad, sino un efecto sobre la propiedad que hace que las distinciones formales de propiedad sean irrelevantes».

En el mismo sentido, la mencionada autora ha delimitado cuales son los actos de la administración que constituyen expropiación indirecta, a saber:

1. Expropiación de bienes intangibles
2. La expropiación de inmuebles
3. Actos en que el Estado obliga a un dueño a suscribir una transacción de manera forzada.
4. Rechazo a devolver la propiedad. Esta situación se da cuando una propiedad está bajo el dominio del Estado, y éste, sin justificación alguna está en disposición de devolverla, la propiedad puede considerarse expropiada. Así lo dispuso el Tribunal en el caso *Irán vs Estados Unidos de Norteamérica*
5. Imposición en el control gerencial de la propiedad: designación de gerentes e interferencia en el derecho a administrar. Es el nombramiento de gerentes para la administración de bienes cuyos dueños son inversionistas extranjeros.

Actos que no constituyen expropiación indirecta:

1. Declaraciones de autoridades de gobierno
2. Acciones de la población. Lo anterior, pues son actividades que no son atribuibles a las autoridades del Estado.
3. Mala gestión de los negocios
4. Incumplimiento de contratos. El mero incumplimiento de una obligación contractual no debe ser equiparado a la confiscación de una propiedad, como tampoco es equivalente a una expropiación.

3. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

El trato justo y equitativo, entendido como un estándar cualificado, destinado específicamente a las inversiones o los inversionistas de un estado en particular se encuentra reconocido en el derecho internacional económico. Sobre este, y antes de referirnos propiamente a su reconocimiento en el derecho internacional de inversiones, vale la pena decir que es un estándar reconocido inicialmente en la Carta de Comercio Internacional de la conferencia de la Habana en 1947⁴, y que luego se concretaría en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Su adopción en el derecho de inversiones se dio desde los albores de los acuerdos internacionales para la promoción de las inversiones, y su contenido consiste en que una vez un Estado admite una inversión y admite inversionistas extranjeros en su territorio, se les debe otorgar una protección en Derecho y garantizarles un nivel de trato que no genere disparidades ante sus congéneres, que usualmente es definido como el tratamiento justo y equitativo. (Carrasquilla, 2010)

Este es uno de los estándares más invocados y de mayor relevancia en las disputas de arbitraje internacional de inversión, principalmente por el carácter absoluto que presenta, pero igualmente por la ambigüedad sobre los elementos que pueden constituir un trato justo o equitativo (Naciones Unidas, 2008). Incluso, se ha llegado a afirmar que el propósito de esta cláusula es llenar los vacíos que puedan dejar otros estándares específicos para que el inversionista pueda obtener el grado de protección, lo anterior debido a que la violación a este estándar es evaluada en cada caso en particular. (Castro, 2017)

Este estándar ha sido aplicado tanto en casos de protección transparencia, estabilidad, debido proceso y expectativas legítimas del inversionista, el último criticado extensamente, como también para encontrar que se han incumplido obligaciones contractuales, cuando en el tratado se prevé la denominada cláusula paraguas. Todo lo anterior se evalúa conforme a las

⁴ Para más información relacionada con el particular, consultar la página de La Organización Mundial del Comercio disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/history_s/history_s.htm

acciones u omisiones ejecutivas, legislativas e incluso judiciales del respectivo estado. (Castro, 2017)

3.1 Criterios para determinar el contenido del estándar

El contenido del trato justo y equitativo no es claro conforme a la definición establecida dentro de los tratados de inversiones, al menos en los denominados tratados de “primera generación”. Por este motivo, diversos tribunales han desarrollado criterios para determinar el contenido propio de la cláusula de trato justo y equitativo.

En el caso *LG&E et al. v. Argentina*⁵, el tribunal rechazó la pretensión de expropiación indirecta, pero consideró que tanto los contratos como los demás compromisos comerciales fueron quebrantados por la violación de los principios de trato justo y equitativo de tratamiento no-discriminatorio, expresamente definidos en las cláusulas del TBI.

En este caso, el tribunal consideró que el estándar del trato justo y equitativo comporta tres criterios (Carrasquilla, 2010):

- (i) la estabilidad del sistema legal y comercial del país receptor de la inversión;
- (ii) el respeto de las expectativas creadas que tenía el inversionista al momento de invertir y;
- (iii) la transparencia de las decisiones tomadas por el Estado receptor de la inversión respecto a estas inversiones.

El tribunal extrae cuatro conclusiones con fundamento en el caso *Waste Management I*, aplicables al estándar del trato justo y equitativo en el caso concreto:

⁵ Bajo estos supuestos, el tribunal consideró que la determinación de tarifas en pesos argentinos, el abandono del cálculo de las tarifas sobre la base del IPP de EE. UU., el congelamiento de las tarifas y la imposición de un proceso de renegociación obligatoria de los contratos entre el Estado y los licenciatarios eran violatorios del estándar. Según el tribunal, no obstante, la situación de dificultad social, económica y política, “Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas”.

“(1) La falta de cumplimiento de los objetivos de los reglamentos administrativos sin más no representa necesariamente una violación del derecho internacional.

(2) La falta de cumplimiento de los requisitos de las leyes nacionales no es necesariamente una violación del derecho internacional.

(3) La prueba de un esfuerzo de buena fe de parte del gobierno para lograr los objetivos puede compensar las instancias de no observancia de requisitos legales o reglamentarios.

(4) La totalidad de los antecedentes —no hechos aislados— determinan si ha habido una violación del derecho internacional”.

Finalmente, este tribunal concluyó que:

“Una acción por mala administración probablemente violaría el artículo 1105 del TLCAN [trato justo y equitativo] si alcanzará el nivel de ‘repudiación directa e injustificada’ de la normatividad relevante. Puede haber situaciones en que incluso omisiones menos significativas serían suficientes para que se cumplan los requisitos del artículo 1105 del TLCAN. Son los antecedentes en general —y no un dramático incidente aislado— los que determina si estamos ante un incumplimiento del derecho internacional”. (Carrasquilla, 2010)

3.1.1 La estabilidad del sistema legal y comercial del país receptor de la inversión

Uno de los elementos del trato justo y equitativo que con mayor frecuencia se analiza es el de estabilidad del sistema legal en el país en el cual se desarrolla la inversión.

En este sentido, es indiscutible la presencia de este criterio en el contenido de la cláusula. Sin embargo, su contenido no es extensamente aceptado por la mayoría, por el contrario, se ha establecido una controversia extensa acerca de la posibilidad que tienen los estados de hacer un “cambio regulatorio” que finalmente pueda llegar a afectar una inversión. (Perrone, s.f)

En el desarrollo de la potestad que tienen los estados para realizar “cambios regulatorios” que podrían afectar a una inversión, se ha reconocido que los cambios para generar la transgresión del estándar deben ser considerados sustanciales, sin importar si estos cambios regulatorios son derivados de medidas legislativas o medidas policivas administrativas. (Perrone, s.f)

Tribunales en diversos casos han establecido que la cláusula invita a las partes a dar un trato que incluya el respeto por la representación legal que se hizo el inversionista al momento de realizar el establecimiento de su inversión. En consecuencia, un cambio sustancial, abrupto o desproporcional puede llegar a generar la ruptura de este estándar.

Tal fue el caso del tribunal de *Tecmed v. México*, en el cual se buscó operar una empresa de residuo en México y debido a la negativa del estado mexicano de renovar la licencia para manejar los desechos industriales dado un **cambio de regulación** se inició arbitraje de inversión. En ese caso, el tribunal se pronunció en los siguientes términos:

“El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen.” (Caso CIADI No ARB(AF)/00/2, 2003, párr. 154)

Asimismo, el tribunal en el caso de *CMS v. Argentina* analizando el comportamiento de argentina frente a la crisis de la convertibilidad en el año 2000 y su implementación en la industria local, y específicamente para el **cálculo de tarifas** para las empresas inversoras en el sector del gas estableció que:

“No es una pregunta de si el fundamento legal puede necesitar congelarse como si siempre evolucionara y se adaptara a las circunstancias cambiantes. Pero tampoco es una pregunta de si el fundamento legal puede ser prescindido cuando le han hecho acuerdos específicos. El derecho de inversión extranjera y su protección se ha desarrollado con el objetivo específico de **evitar esos efectos legales adversos**” (traducción propia). (Caso CIADI No. ARB/01/8, 2005, párr. 277)

Igualmente, en el caso de *PSEG v. Turquía* el tribunal analizó los derechos de un inversionista, el cual, bajo un acuerdo de concesión para realizar la construcción de una planta de energía térmica, tuvo diferencias con el estado debido a la adopción de ciertas medidas que bloquearon el acceso al inversionista de beneficios estatales. En este caso, el tribunal estableció que:

“Varios ejemplos de ruptura de la obligación de trato justo y equitativo se encuentran en el expediente del presente caso. Entre dichas rupturas, las más prometentes son [...] los numerosos cambios en la legislación e inconsistencias en las prácticas de la administración, en particular en relación con el estatus corporativo del proyecto de compañía y el estado legal de la concesión” (traducción propia). (Caso CIADI No. ARB/02/5, 2007, párr. 252)

Es así como se evidencia que el tratamiento que se le da a esta figura por parte de los diferentes tribunales de arbitraje de inversión se enfoca no solamente en reconocer la existencia de la potestad en cabeza del estado en el derecho internacional, sino que adicionalmente esta potestad la reconoce con unos límites básicos para el desarrollo de los estados.

Se hace indispensable que el estado al momento de evaluar si puede generar un daño a un inversionista con fundamento en el ejercicio de su potestad regulatoria, revise si las medidas que está preparando son proporcionales a los fines que se están buscando, cumplen con las representaciones que se le hicieron a los inversionistas y no son cambios que en la práctica tienen un objetivo de realizar un cambio en el sistema jurídico que puede afectar sustancialmente a una empresa o quién desarrolle actividades comerciales que se encuentre protegido por un acuerdo internacional de inversiones. (Schreuer, 2005, pp. 357-386)

3.1.2 El respeto de las expectativas creadas que tenía el inversionista al momento de invertir

La segunda manifestación que encontramos al momento de analizar la figura del trato justo y equitativo tiene relación con el respeto de las denominadas “expectativas legítimas (y algunos incluyen *razonables*) del inversionista”.

Esta manifestación del trato justo y equitativo, la cual es considerada como una de las formas más controversiales a partir de la cual se ha empezado a desarrollar el estándar, tiene fundamento en el mismo tratado. Principalmente en la expuesta relación entre el derecho internacional y el trato justo y equitativo, pues de no encontrarse el estándar ligado a un nivel de protección como lo es el derecho internacional consuetudinario o el simple derecho internacional se genera un amplio margen de interpretación para identificar el contenido material que se deriva del estándar que estudiamos. (Schreuer, 2005, pp. 357-386)

Así pues, para afirmar que nos encontramos frente a la presencia o no del reconocimiento de las expectativas legítimas del inversionista es necesario que nos encontremos frente a una manifestación del estado que cumple con los siguientes requisitos: (1) Ser objetiva y no subjetiva⁶; (2) involucrar una específica garantía a la cual se haya incluido al inversionista⁷; (3)

⁶ Sobre el particular, se recomienda revisar las decisiones en los tribunales Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, Inc., Mobil Cerro Negro, Ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, Inc. v. República Bolivariana de Venezuela. Caso CIADI No. ARB/07/27. Laudo, 9 de octubre 2014 y Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/97/3. Laudo, 21 de noviembre de 200.

que la medida haya existido al momento del inversionista iniciar su inversión (Caso CIADI No. ARB/04/19, 2008); (4) que sea una manifestación razonable según las circunstancias políticas, socio-económicas, culturales e históricas.

La objetividad o subjetividad de la medida es determinada como un elemento esencial para entender que se ha creado no solo una expectativa razonable a un inversionista en particular bajo el estándar de trato justo y equitativo, sino que es un elemento incondicional para poder afirmar que existe una manifestación de voluntad de un estado en contraer una obligación. (Naciones Unidas, 2006)

La especificidad de la manifestación concretada en la representación de una garantía al inversionista es el elemento que más llama la atención dentro de los requisitos del trato justo y equitativo, esto puesto que también debe entenderse que, de no estar dirigida específicamente la medida al inversionista, no podríamos entender que se ha hecho una manifestación inequívoca constituyente de protección mediante este estándar. (Rodríguez & Rodríguez, 2001)

Sin embargo, esta especificidad no es un punto sobre el cual exista acuerdo entre los tribunales de inversión en particular y en general entre los practicantes del derecho de inversiones. Esto es, debido a que la manifestación que el estado debe realizar para que se entienda que ha tenido lugar una declaración inequívoca de la voluntad del estado para hacer una representación a un determinado inversionista. (Rodríguez & Rodríguez, 2001)

En tercer lugar, se encuentra el requisito relacionado con **la existencia de la medida al momento de realizar la inversión**. Para entender este requisito es necesario identificar en qué momento se entiende que se ha realizado una inversión de acuerdo con el sistema de arbitraje inversionista-estado.

⁷ Para más información sobre el particular, Glamis Gold, Ltd. v. Estados Unidos Mexicanos. Tribunal UNCITRAL bajo la administración del CIADI. Laudo, 8 de junio de 2009.

En este sentido es necesario que se identifiquen tres momentos diferentes en relación con el establecimiento de una inversión. Esto es, preparación de una inversión, la adquisición de permisos relacionados con el inicio de una inversión y el desarrollo de la inversión *per se*. (Rodríguez & Rodríguez, 2001)

- **Preparación de la inversión**

La protección de los tratados de inversiones se puede extender conforme el respectivo tratado de inversiones se considere que es un tratado pre-establecimiento o post-establecimiento, pues dependiendo de esta determinación se desarrollará o no la protección que ha sido prevista por parte de quién desarrolla la inversión.

Un tratado **pre-establecimiento** es aquel que protege la inversión desde el momento mismo que el inversionista inicia a desarrollar los comportamientos activos con la tendencia de establecer una inversión. (Rodríguez & Rodríguez, 2001)

Teniendo en cuenta esto, el desarrollo del trato justo y equitativo, y en particular la existencia de expectativas legítimas exige que la representación que se le realice al inversionista sea anterior a que el inversionista inicie los actos preparatorios para iniciar la actividad de su inversión. Lo anterior, so pena que si se da en el término entre el inicio de los actos preparatorios y el establecimiento de la inversión como tal no cuenta como una representación hecha por el estado que sirva como fundamento para el establecimiento de la inversión. (Rodríguez & Rodríguez, 2001)

- **Adquisición de permisos relacionados con la inversión**

El desarrollo de la inversión extranjera directa, la cual se opone a la *inversión de portafolio*, porque en la primera existe una transferencia de recursos a un estado determinado y contribuyendo al desarrollo de este, mientras que en la segunda hacemos referencia únicamente a

una transferencia de capitales de un estado A uno B, hace necesario que se adquieran permisos con el objetivo de contribuir a un desarrollo local que trasciende una -mera relación mercantil⁸.

Si bien actualmente no todas las relaciones a partir de las cuales se desarrolla la inversión extranjera directa requieren de permisos del estado (Schreuer, 2005), es necesario determinar que, en su mayoría, las relaciones de inversión cuando consisten en el establecimiento de proyectos a largo plazo en el estado receptor pueden requerir de la existencia de diferentes permisos para que se desarrolle esta.

Este, en consecuencia, se constituye en un punto álgido en relación con las representaciones que se generen con fundamento en la teoría de las expectativas legítimas a los inversionistas (Pastor, 2006). Esto es, si los requisitos que se exigen para la expedición de permisos cambian en el término en el cual se encuentra el mencionado inversionista adquiriéndolos, es posible que se genere una representación en virtud de la cual el inversionista se encontraba desarrollando el establecimiento⁹ de su inversión y sin embargo el cambio le genera nuevas condiciones bajo las cuales es necesario que reevalúe el desarrollo de su inversión¹⁰.

- **Desarrollo de la inversión per se**

El tercer momento que encontramos en el establecimiento de una inversión es el desarrollo de esta *per se*, esto hace referencia a que una vez se ha preparado la inversión, se han

⁸ Sobre este punto es particularmente interesante revisar estudios como el realizado por la autoridad monetaria colombiana en: Banco de la República de Colombia. Departamento de Cambios internacionales. Inversión Extranjera Directa en Colombia. *Departamento de Cambios Internacionales*, Bogotá, 2012. Además, en materia de ambiente para el estado colombiano llama la atención revisar el decreto 2099 del 2016

⁹ Sobre el particular se torna interesante analizar el caso Chileno, desarrollado bajo el constituido tribunal de MTD Equity v. Chile, en el cual se buscaba constituir una comunidad planificada en el occidente de Santiago, y se inició el establecimiento de los proyectos para desarrollar la inversión, con permisos nacionales, pero no con los permisos locales necesarios para el desarrollo de la inversión. En este caso, el tribunal concluyó a diferencia de Tecmed que no se había constituido una representación errónea al inversionista, sino que, pero el contrario, la adquisición de permisos se constituía como un requisito indispensable para la adquisición de la inversión.

¹⁰ Contrario a lo mencionado anteriormente, el tribunal en el caso de Técnicas Medioambientales v. México, el cual se buscaba a adquisición de permisos para desarrollar una inversión relacionada con los aspectos medioambientales de la disposición final de residuos, concluyó que el cambio de las condiciones bajo las cuales el inversionista debía adquirir los permisos para su inversión constituyó una violación a las expectativas legítimas en las cuales el inversionista proyectó su inversión y en consecuencia encontró que se había transgredido el trato justo y equitativo a la luz del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

adquirido los respectivos permisos necesarios para desarrollar la inversión, se establece la misma e inicia el desarrollo de toda la actividad relacionada con la inversión.

Los tratados internacionales de inversión establecen que la protección que se deriva de estos es únicamente la presente luego de que se ha completado el establecimiento de la inversión (estos son denominados tratados *post-establecimiento*).

Así la determinación de si se está cubierto bajo expectativas legítimas previas al establecimiento de la inversión, no es procedente cuando el tratado de inversiones desarrolla la protección a las mismas luego de su establecimiento. Esto es debido a que las representaciones que se desarrollen antes de que inicie la respectiva protección del tratado de inversiones. (Pastor, 2006)

En consecuencia, se hace indispensable frente a la existencia **de protección de las expectativas legítimas** en los acuerdos internacionales de inversión que las partes evalúen si este se encuentra o no ligado al estándar de “derecho internacional” o “derecho internacional consuetudinario”, debido a que la presencia de estas relaciones puede generar que no se protejan las expectativas legítimas. Adicionalmente, es necesario evaluar el tipo de tratado frente al que nos encontramos y si es pre o post-establecimiento. Todo lo anterior, considerando que se cumplan los requisitos de objetividad, especificidad, existencia y razonabilidad.

3.1.3 La transparencia de las decisiones tomadas por el Estado receptor

Otro de los elementos que se considera sustancialmente que se protege mediante las expectativas legítimas es la *transparencia* de las decisiones tomadas por el estado receptor de la inversión para con los inversionistas de los estados parte en los acuerdos internacionales de inversión.

La **obligación de transparencia** en todas las decisiones en particular y de todos los comportamientos estatales en general requiere la protección mediante estabilidad y consistencia

de las medidas tomadas por el estado; protección frente a la denegación de justicia y el debido proceso; protección frente a la arbitrariedad de las actuaciones del estado.

Frente al contenido de la cláusula de *transparencia*, hemos desarrollado ya el primer punto refiriéndonos a las medidas regulatorias; sobre el segundo punto es necesario referenciar que esta categoría bien desarrollada por la doctrina internacional se complementa por el debido proceso no solo en actuaciones judiciales, sino también en actuaciones administrativas; y sobre el tercero nos enfocaremos a continuación.

La Corte Internacional de Justicia ha entendido la arbitrariedad como la conducta del estado que constituye una “violación sustancial de debido proceso, un acto que afecta o al menos sorprende en un sentido la propiedad judicial”¹¹. Sin embargo, la transparencia que se exige del estado para evitar la arbitrariedad va más allá de las actuaciones judiciales, predicándose también de las actuaciones administrativas.

En este sentido, la protección frente a actos de arbitrariedad se ha reafirmado como contenido del estándar de trato justo y equitativo por tribunales en casos como *Loewen v. Estados Unidos*¹², *Genin v. Estonia* (Caso CIADI Caso No. ARB/99/2, 2001) o *Lauder v. República Checa*¹³.

¹¹ Sobre este punto revisar: Corte Internacional de Justicia. Caso concerniente a *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*. *Estados Unidos de América v. Italia*. Sentencia del 20 de Julio de 1989.

¹² Renombrado por ser uno de los casos *hito* con fundamento en el TLCAN en virtud del cual se estableció que se realizó un acto que afectó la arbitrariedad y la transparencia en las actuaciones administrativas de un estado al momento de establecer la inversión. En este caso en particular los requisitos de procedimiento por las cortes federales que trataron el caso del señor loewen y la existencia de un pago exorbitante para poder apelar su caso fue lo que generó la existencia de un tribunal de arbitraje de inversión. Sobre el particular consultar *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. Estados Unidos de América*. CIADI Caso No. ARB/(AF)/98/3. Laudo, 26 de junio de 2003.

¹³ El tribunal estableció que las medidas arbitrarias al configurar una violación al trato justo y equitativo más que en las actuaciones legales, es decir en los estatutos y normatividades, se encuentran en los hechos que desarrolla la administración junto con motivos externos que generan la violación. Para más información sobre el particular consultar *Ronald S. Lauder v. República Checa*, *ad hoc*, UNCITRAL, 3 de septiembre de 2001. Párrafo 232.

3.2 Desarrollo en el derecho colombiano: El Acuerdo Colombo-Suizo para la promoción de inversiones

En 2006 Colombia y Suiza suscribieron el Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de las inversiones originadas en ambos territorios. Dentro de este acuerdo las partes establecieron no solamente la definición sobre que incluye el estándar de trato justo y equitativo, sino que adicionalmente firmaron un protocolo de entendimiento sobre que comprenden las partes con dicho estándar.

Sobre este particular, el Acuerdo define en el artículo 4(2) el trato justo y equitativo como que:

“cada parte deberá garantizar un trato justo y equitativo en su territorio sobre las inversiones de inversores de la otra parte. Este trato no debe ser menos favorable que aquel que se garantiza por cada parte a las inversiones que hacen en su territorio sus propios inversores o que son garantizadas por cualquier parte a las inversiones hechas en su territorio por inversiones de naciones más favorables, si dicho trato es más favorable” (traducción propia).

Adicionalmente, el anexo sobre trato justo y equitativo desarrolla esta categoría en los siguientes términos:

“Adición al Artículo 4 parágrafo 2. Se es entendido que el estándar de trato nacional y trato de la nación más favorecida, como se establece en el artículo, puede permitir diferenciación de trato en el evento de diferentes situaciones de hecho.

Para mayor certeza se entiende que el trato más favorable referido al parágrafo no protege mecanismos para la resolución de controversias dados en otros acuerdos internacionales de inversiones relacionados con inversiones hechas por la parte interesada”.

Como lo hemos visto con fundamento en lo expuesto anteriormente, la definición de trato justo y equitativo para el caso del tratado entre Colombia y Suiza no se encuentra atada a estándar de derecho internacional alguno. Por el contrario, la cláusula permite una interpretación

abierta, es decir que, al no estar vinculada a derecho internacional o derecho internacional consuetudinario, permite una aproximación mucho más flexible. Esto ha dado la posibilidad de que muchos practicantes conciban que el tratado protege incluso las denominadas “expectativas legítimas” sobre las cuales nos referimos anteriormente. (Caso CIADI No. ARB/16/6, 2019)

4. PROCESO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD FISCAL PRODECCO VS CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA

4.1 El Caso Concreto

A partir del Proceso Ordinario y del recurso de apelación de Responsabilidad Fiscal No. CD 000244, la Contraloría General de la República se extraen los siguientes hechos que dieron origen a la investigación y posterior sanción fiscal causada al inversionista extranjero PRODECCO S.A.

4.1.1 Antecedentes contractuales

La sociedad Carbones de Colombia S.A. (Empresa Industrial y Comercial, hoy liquidada) y CI. PRODECCO S.A. celebraron el contrato No. 044 de 1989 suscrito el 21 de febrero de 1989, el cual es clasificado como contrato de gran minería. En el Ministerio de Minas y energía expidió resolución 180074 de 2004 delegando en INGEOMINAS las funciones de autoridad minera concedente del contrato 044 de 1989 en los términos de la ley 685 de 2001.

Conforme a la cláusula primera del Otrosí No 8 el objeto del contrato es: "...la realización por parte del Contratista de un 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.

Con fundamento en el contrato aporte minero No. 044 de 1989, ubicado en la jurisdicción de los municipios de Becerril, El paso y la Jagua de Ibirico, a cambio de exploración, explotación y operación del yacimiento carbonífero, CI PRODECCO S.A. adquirió la obligación

de retribuir económicamente al Estado, mediante regalías y otras contraprestaciones económicas. (Recurso de apelación. Proceso No. CD.000244, 2015, p. 15)

4.1.2 Modificaciones al contrato 044/89 con el otrosí no. 8

En su capacidad como contratista, el INGEOMINAS suscribió con C.I. PRODECCO S.A. el Otrosí No 8 al 22 de enero de 2010, el cual fue llevado al registro minero nacional el 25 de enero de 2010 – CD Contrato-.

Mediante este acuerdo **se modificaron** las regalías y contraprestaciones económicas inicialmente acordadas en el contrato principal y se estipulo **un periodo de transición**, el cual constituye el objeto de la presente causa fiscal. Dentro de las consideraciones expuestas en el Otrosí No. 8 numeral 6 se encuentra que: “Que con el presente acuerdo se garantizan los intereses del Estado y la viabilidad de la expansión del proyecto minero, lo cual ha sido el fundamento de la negociación entre las partes”.

Igualmente, con el otrosí No. 8 se modificó el numeral 15.1 de la cláusula décima quinta del contrato 044 del 89 señalando una fórmula para calcular la compensación por ingresos brutos.

La primera propuesta de otrosí No. 8 de fecha 9 de noviembre de 2009 fue rechazado por parte de INGEOMINAS por inconveniente a los intereses de la Nación y desconocedora totalmente de la realidad de las inversiones extranjeras en países como el nuestro, declinamos en seguir vinculados a este proceso de negociación.

No obstante, las advertencias de profesionales que apoyaban a la institución y los constantes reparos frente a la negociación, el mencionado otrosí se firmó sin un estudio de los posibles efectos adversos a los intereses del estatales, lo cual se evidencia en el hecho de que la última propuesta de acuerdo realizada por el contratista fue devuelta por INGEOMINAS, el 18 de enero de 2010 y el nuevo otrosí no. 8 se firma el 22 de enero de 2010 con registro del 25 de enero 2010 (Recurso de apelación No. CD 000244, 2015, p. 19). Las contraprestaciones

económicas con el Otrosí No. 8 y su denominado periodo de transición alteraron sustancialmente a las pactadas anteriormente. El otro sí No. 8 al contrato 044/89 causó un daño a los intereses patrimoniales del Estado porque se dejaron de percibir por concepto de regalías y contraprestaciones económicas la suma de \$52.214.939.982.17, en el periodo de transición, como consecuencia de los cambios realizados en el cálculo de los ítems de regalía básica, regalía adicional y compensación por ingresos brutos, para la producción del año 2010 (año considerado de transición). (Recurso de apelación No. CD 000244, 2015, p. 42)

4.1.3 Problema jurídico del proceso de responsabilidad fiscal

El daño investigado en el proceso tiene que ver con los efectos causados con la modificación que sufrió el contrato 044 de 1989, porque no se garantizaron los intereses del Estado y su ejecución lo afectó patrimonialmente. (Recurso de apelación No. CD 000244, 2015, p. 16)

Las partes convinieron tres tipos de contraprestaciones en favor de la Nación, causadas por la exploración y explotación del recurso minero carbonífero de las cuales se definieron dos regalías (básica y adicional) y otra fue definida como “otras contraprestaciones”, por lo que con ocasión del análisis del daño se evidencia que, con los cambios, introducidos con el otrosí No. 8 se lesionó el patrimonio público.

4.1.4 Argumentos de PRODECCO:

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 partes. (Recurso de apelación. Proceso No. CD.000244, 2015, p. 50)

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 contrato.
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. Está afirmación es equívoca 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 PRODECO.
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.
5. 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.

Estas circunstancias, de ser ciertas son ajenas a PRODECO.

6. 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 valido considerar a PRODECO sujeto pasivo de la acción fiscal.

7. Posible violación a la reserva de derechos derivados de compromisos internacionales asumidos por Colombia relacionados con la protección de los inversionistas privados internacionales, en los siguientes términos:

- **El Tratado 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, se refiere a la compensación que les corresponde, como al derecho de dirimir cualquier controversia mediante arbitraje internacional, incluyendo arbitraje bajo los auspicios del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a 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, corresponden a los siguientes:

- 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. (Recurso de apelación No. CD 000244, 2015, p. 57)
- v) Las conductas de los órganos de un Estado en violación de compromisos internacionales generan la responsabilidad internacional de Colombia. Los inversionistas protegidos al amparo del tratado pueden someter a arbitraje internacional cualquier asunto relativo a medidas aplicadas por Colombia que sean inconsistentes con las obligaciones que Colombia asumió mediante el tratado.
- vi) La convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en vigor desde 1980 y ratificada por Colombia en 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.

4.1.5 Consideraciones del despacho para sancionar fiscalmente

Prodecco en su defensa sostiene que los contratos de tracto sucesivo es preciso esperar el transcurso del tiempo para que puedan determinarse las cargas prestacionales que no pueden determinarse en un periodo aislado del mismo sino hasta su finalización.

El control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, en materia contractual, puede hacerse después de formalizada la voluntad de los contratantes y en cualquier etapa

contractual al generarse el daño, independientemente que el contrato se haya liquidado o no. La Corte 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 organismos de control fiscal, pero no lo limita a ese instante, al respecto afirma la Corte:

“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 constitucional:

- 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
- iii) Cuando se han liquidado o terminado dichos actos”.

Para el presente caso se aprecia de manera objetiva e independiente la liquidación del contrato, es perfectamente factible adelantar el proceso de responsabilidad fiscal. Lo anterior, al margen de que se trate o no de un contrato de tracto sucesivo, pues teniendo en cuenta que existen obligaciones que deben cumplirse previo a la liquidación, es posible que se configure un daño previo su culminación, derivados por ejemplo de la inobservancia del principio de planeación contractual.

En el presente contrato, el recaudo de regalías no se pactó para hacerse efectivo en la liquidación, sino que se iba causando durante la ejecución del contrato, y específicamente, durante el llamado “periodo de transición” presentada la disminución injustificada y se materializo el daño patrimonial en contra del Estado.

El reproche que se realiza a lo largo del proceso está relacionado con la ausencia de estudios preliminares que dieran cuenta de la conveniencia del negocio para las finanzas del Estado o de las supuestas prestaciones y contraprestaciones que mantendrían un equilibrio en los intereses de las partes. Si bien la conveniencia o viabilidad del negocio podría evidenciarse en el texto del contrato, lo que se extrae es que el otrosí No. 8 fue suscrito aún en contra de los

intereses estatales. La razón de ser del proceso de responsabilidad fiscal no es que el estado reciba mayores sumas de dinero, sino que se resarza el patrimonio público que se dejó de recibir por la explotación del recurso natural en el llamado periodo de transición.

La conducta exigible por parte de PRODECO, como colaborador de la administración era no 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 al contrato 044 de 1989. Lo exigible, 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 y sin actuar bajo la buena fe contractual.

Las pruebas obrantes en el proceso califican la conducta de PRODECO como dolosa, como quiera que demuestran la intención de incrementar ilegítimamente sus ganancias derivadas del negocio. El dolo se deriva, además de la voluntad, del conocimiento que tenía PRODECO de la disminución en las regalías ya pactadas, a través de una modificación contractual y de la obtención de mayores beneficios, un afán de sobreponer los intereses particulares a través de una serie de conductas deliberadas tales como presentar justificaciones para el cambio del contrato las cuales no correspondían a la realidad y generando 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 del “mayor volumen de explotación” cuando ni siquiera se había alcanzado el volumen acordado en el contrato inicial.

PRODECCO es sujeto pasivo de la acción fiscal porque convergen varios elementos que comparten quienes ejercen la gestión fiscal, pues se dedica a la explotación del carbón en el país y a su vez tiene la titularidad para administrar este recurso natural con base en las reglas fijadas en el contrato 044 de 1989.

El artículo 332 de la Constitución Política establece que “*El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables sin perjuicio de los derechos adquiridos perfeccionados con arreglo a las preexistentes*” y es mediante las cláusulas contractuales a través de las cuales el Estado le otorgó a PRODECCO la explotación, construcción, montaje, y explotación del recurso natural no renovable de carbón en un área especificada en el contrato, lo cual implica que le transfirió la administración y manejo del yacimiento, manejo y administración que en principio estaba en cabeza del Estado. Es mediante un contrato que a PRODECCO se le concede temporalmente la facultad de manejar, administrar, explotar dicho yacimiento, convirtiéndolo al mismo tiempo en gestor fiscal, y sujeto pasivo de la acción de responsabilidad fiscal.

No existe inmunidad fiscal en favor de las personas jurídicas de derecho privado que operan con inversiones de capital internacional, al respecto es de aclarar que hasta el momento no existe normativa expresa que contemple tal garantía como absoluta. La responsabilidad que se le atribuye a PRODECCO 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, el daño 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 subsuelo bajo las condiciones pactadas.

Se aclara que 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 una medida discriminatoria para el inversionista PRODECCO, ni menos favorable, ni constituye una expropiación como lo sugiere el investigado al enumerar los laudos proferidos por tribunales de arbitramento internacionales. Porque en el presente proceso se falló 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.

5. DEL LAUDO ARBITRAL

5.1 Pretensiones de PRODECCO

Los Demandantes reclaman ante el presente arbitraje lo siguiente (Enrique & Ureña, 2019):

1. Declarar que Colombia incumplió los artículos 4 (1), 4 (2) y 10 (2) del tratado¹⁴.
2. Que el Estado Colombiano continúe cumpliendo los términos del Otrosí No. 8¹⁵.
3. Que la Agencia Nacional de Minas cese cualquier procedimiento que afecte los intereses de Prodecco y que se le ordene al Estado Colombiano garantizar que no abrirá ninguna nueva investigación derivada del Otrosí No.8.
4. Ordenar que, como forma de restitución, Colombia le pague a Prodecco 19.1 millones de dólares, que corresponde a la suma pagada como consecuencia de la sanción de la Contraloría.
5. Pagar al demandante:
 - (i) 336.1 millones de dólares por la diferencia entre la no aplicación del cálculo de regalías del Otrosí No. 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.

¹⁴ **1307.** Art. 4 del Tratado se titula "Protección y tratamiento". El párrafo (2) del art. 4 cada Estado parte "garantizará un **trato justo y equitativo**" para inversiones protegidas.

1308. En ausencia de cualquier otra orientación del propio Tratado, generalmente se acepta que la obligación de pagar un **trato justo y equitativo (FET)** contenido en un tratado es un requisito de que los Estados de acogida cumplan un determinado estándar de conducta con respecto a Inversionistas protegidos. El estándar justo y equitativo es un concepto legal que, aunque normalmente no se define más, tiene un contenido que puede establecerse mediante las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969 con la ayuda de la jurisprudencia de los tribunales internacionales. El Estado anfitrión incumple dicha norma mínima e incurre en responsabilidad internacional si sus acciones (u omisiones en ciertas circunstancias) violan ciertos umbrales de propiedad o contravenir los requisitos básicos del estado de derecho, causando daños a la inversión.

¹⁵ **374.** Como se consagra en su preámbulo, del **otro sí no. 8**, tenía dos **objetivos** principales:

- Garantizar que la expansión de la mina fuera viable, y
- Maximizar los ingresos del Estado.

376. Bajo el otro sí no. 8, Prodecco aceptó el compromiso para realizar importantes inversiones en la mina y expandir su producción; el aumento de la producción generaría regalías adicionales, con el resultado final de que Colombia recibiría mayores ingresos.

6. 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.
7. 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 adoptada por Colombia.
8. 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.

5.2 Excepciones de Colombia

La defensa de Colombia en el presente proceso se constituye sobre cuatro pilares fundamentales:

- 1) La ilegalidad del otro sí, Colombia alega que este se constituyó gracias a la corrupción que existía en el país. Además, dice que Prodecco actuó de mala fe al aprovechar ciertas situaciones desventajosas para Colombia y por ocultarle aspectos relevantes para el negocio. Este argumento de Colombia se basaba en hechos tales como los encontrados dentro de la negociación de una concesión de un área de 3 hectáreas que indicarían pagos irregulares que buscaban la firma de dicha concesión y la adquisición de participación en el área correspondiente.
- 2) El principio Fork in the road se define como: “la potestad que otorga el Estado receptor de la inversión a los inversionistas extranjeros para que, en caso de surgir una controversia bajo el alcance de un tratado determinado, estos puedan elegir de manera irrevocable un foro para la solución de la disputa” (Rosero, s,f). Al elegirse una forma de resolver la controversia, que en este caso fue recurrir a una conciliación extrajudicial ante la procuraduría, que pasará a ser competencia de lo contencioso administrativo, no puede el tribunal fallar sobre el caso.

- 3) La cláusula paraguas, la cual permite (o exhorta de alguna manera) a las partes de una controversia a resolver el conflicto por medio de un tribunal nacional o al arbitraje, con el fin de que no todas las disputas tengan como destino la justicia internacional.

En el presente caso, Colombia argumenta que la competencia del tribunal no puede originarse de esta cláusula, puesto que es contradictorio debido a que el tribunal excluye las controversias que se encuentran fundamentadas en la cláusula paraguas.

- 4) La objeción de inadmisibilidad de las pretensiones del reclamante.

Al Solicitar la devolución del dinero pagado al proceso de responsabilidad fiscal, las ganancias que la compañía dejaría de recibir si se dejará sin vigencia el otro sí No. 8 y las pérdidas que podrían sufrir como consecuencia de una modificación retroactiva a la fórmula de cálculo de las regalías desde 2011, Colombia argumenta que al no tener competencia el tribunal, estas no pueden ser resueltas.

Las principales razones de esta inadmisibilidad son tres:

- 1) La ausencia de una actuación que afecte el tratado.
- 2) No existe un daño a la parte demandante (inversionista).
- 3) El esfuerzo de la parte demandante por obstaculizar el proceso judicial que se está llevando a cabo en Colombia.

5.3 Decisión del Tribunal

1. El tribunal descarta 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.
2. Declara que 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 no. 8 al Estado colombiano¹⁶. El Tribunal encontró que la metodología usada para calcular

¹⁶ **1505.** Sin embargo, el Tribunal recuerda que la norma que se aplicará en virtud del art. 4 (1) del Tratado es "medidas irrazonables", no "medidas arbitrarias". En consecuencia, el hallazgo de arbitrariedad en sí mismo no tiene

el posible daño sufrido por el Estado derivado del Otrosí no. 8 no fue razonable. Cualquier investigación posterior debe respetar la decisión de este Tribunal. Por lo tanto, esta solicitud se vuelve innecesaria.

3. Ordena a la República de Colombia que restituya a C.I. Prodecco S.A. el Monto del pasivo por la suma de USD 19.100.000.
4. Ordena a la República de Colombia 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 de LIBOR para depósitos a seis meses más un margen del 2%, capitalizado semestralmente.
5. Declara que el pago de restitución e intereses otorgados a Prodecco 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 laudo.
6. Ordena a la República de Colombia que reembolse a los Demandantes:
 - (i) los Costos de los 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 de LIBOR para depósitos a seis meses con un margen del 2%, capitalizado semestralmente desde la fecha de este laudo hasta la fecha de pago real.
7. Desestimar todos los demás reclamos, objeciones y defensas.

efectos bajo el Tratado, excepto en la medida que, como ya se señaló, la arbitrariedad implica irracionalidad. por lo tanto, el Tribunal considera que Colombia adoptó una **medida irrazonable** que perjudicó la inversión en Colombia perteneciente a un inversor suizo protegido, en violación del art. 4 (1) del Tratado.

CONCLUSIONES

La conducta del Estado Colombiano en el ejercicio de su soberanía al realizar el control fiscal del Estado y al determinar el daño causado por el inversionista es legítimo y razonable sobre los intereses jurídicos que afectan a la nación. Sin embargo, el tribunal de arbitramento y el inversionista Glencore cuestionó la forma en que Colombia realizó la valoración del daño porque la Contraloría sólo tuvo en cuenta la diferencia entre las regalías que se habrían percibido en 2010 de acuerdo con el contrato original y aquellas que se percibieron en aplicación de la fórmula prevista por el Otrosí para el periodo de transición que se desarrolló durante ese año. (Niño, 2019).

La postura de la Contraloría sugiere que el daño causado por el Otrosí es la pérdida patrimonial sufrida cuando, a partir de los 8MT explotadas al año, el Estado recibe menos regalías de las que recibiría si no se hubiera celebrado el Otrosí, por cada tonelada de carbón. (Niño, 2019).

De esta forma, aunque es posible que el Otrosí redunde en el pago de un monto total mayor por concepto de regalías al final del contrato, esto supondrá necesariamente un incremento en la cantidad de recursos explotados. (Niño, 2019).

La postura del Tribunal (y de Prodecco) supone que el daño generado por el Otrosí equivale a una pérdida patrimonial considerada exclusivamente en función del monto total recibido por el Estado por concepto de regalías durante la ejecución del contrato. Con tal propósito, la Contraloría debió utilizar simulaciones que le permitieran comparar las regalías que Prodecco habría pagado bajo el contrato original asumiendo la producción proyectada en 2006 y las regalías que Prodecco se comprometió a pagar de acuerdo con el Otrosí asumiendo el aumento de la producción previsto gracias a la expansión de la mina. (Niño, 2019).

En conclusión el daño se genera, de acuerdo con la relación entre lo que el Estado da (cada tonelada de carbón) y lo que recibe a cambio del inversionista (valor pagado a título de

regalías a partir de los 8MT) se vio alterada, en detrimento del Estado, como consecuencia del Otrosí. (Niño, 2019).

Es importante en el presente trabajo evidenciar como un organismo internacional cuestiona la facultad que tiene el Estado Colombiano en establecer el detrimento patrimonial en consecuencia de la modificación del contrato, y quedando relegada su potestad de autoridad interna frente al cumplimiento de sus obligaciones internacionales que conllevo a una sanción internacional.

A raíz del análisis realizado en la presente tesis es importante que el Estado Colombiano ajuste su política de inversión extranjera y de gobernanza frente a la defensa de los intereses del Estado (Niño, 2019), y adopte mayor rigurosidad y control al realizar estudios previos ante cualquier modificación contractual para prever que estas situaciones tanto fácticas como jurídicas no resulten lesivas en la explotación de sus recursos.

REFERENCIAS

- Amado, J. D., & Amiel, B. (2005). La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras. *Revista de Derecho: Themis* (50), 59-68.
- Becerra, Z. L. (2016). La obligación de reparar como principio del derecho internacional. . *Revista jurídica de la Universidad de Leon*, 83-91.
- Carrasquilla, V. L. (2010, Junio). Acuerdos de protección a las inversiones y la potestad regulatoria del Estado: un análisis de la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. . (13).
- Castro, P. N. (2017, Enero - Junio). El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. *Revista Derecho del Estado*(38), 23-66.
- Christie, G. C. (1962. Vol. 38). ¿What constitutes a taking of property under international law? *The british yearbook of international law*.
- Christoph., S. (Junio de2005). Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice . *The Journal of world Investment & Trade. Vol 6 No. 3*, 357-386.
- Cupis, A. D. (1970). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Trad. Angel Martínez Sarrión* . Barcelona : Casa Editorial Bosch.
- Desarrollo, C. d. (2008). Determinación de los elementos básicos de los acuerdos de Inversión de la región del APEC . *Naciones Unidas* .
- Enrique, R. P., & Ureña, R. (2019). *Glencore contra Colombia: una condena agridulce*.
- Gómez, L. I. (2014). *Responsabilidad Fiscal y Gerencia de recursos públicos*, Legis Editores, 2014. Bogotá: Legis Editores.

- Henao, J. C. (2007). *El daño* . Bogotá : Universidad Externado de Colombia.
- Julio, I. M. (2015). *Tratado de derecho de los contratos estatales y de la responsabilidad contractual. Tomo II*. Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez .
- M, P. N. (2007). Los Derechos de las inversiones extranjeras sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: Una visión desde Latinoamérica. . *Revista de la Asociación Colombiana de Derecho Internacional.*, 9, 273-308.
- Montoya, S. M., & Ramirez, E. M. (2008). *El fenomeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión*. . Universidad EAFIT.
- Naciones Unidas. (2006). *Comisión de derecho internacional. Guiding Principles applicable to Unilateral declarations of States capable of creating legal obligation with commentaries thereto*. . Nueva York y Ginebra.
- Naciones Unidas. (2008). *Determinación de los elementos básicos de los acuerdos de inversión de la región del APEC, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. Nueva York y Ginebra.
- Niño, C. N. (2019, Octubre 21). Glencore y Prodecco Vs. Colombia. Comentario sobre la desafortunada apreciación del daño efectuada por el tribunal arbitral.
- Olaya, U. A. (2013). *Teoría de la responsabilidad fiscal. Aspectos sustanciales y procesales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia .
- Oscar Chinn. (U.K vs. Belg.), 63 (Tribunal Permanente de Justicia Internacional 12 de Diciembre de 1934).
- Páez, M. (2006). La expropiación indirecta frente a la CIADI. *Revista de Estudios Internacionales*, 39(13).

- Pastor, P. A. (2006, Enero - Junio). Protección de inversiones con conceptos indeterminados: el trato justo y equitativo en los APPRIS celebrados por España. *Revista española de derecho internacional*, 58(1), 271-288.
- Perrone, N. M. (s.f). Los derechos de las inversiones extranjeras sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica. . *Revista de la Asociación Colombiana de Derecho Internacional.*, 9, 273-308.
- Puentes, Y. L., & Arana, M. I. (2016). *Responsabilidad fiscal en Colombia* . Bogotá D.C: Grupo Editorial Ibañez.
- Ramirez, A. E. (2000). El proceso de responsabilidad fiscal en la ley 610 de 2000. *Revista Universitas. No. 100, Universidad Javeriana* , 303.
- Recurso de apelación No. CD 000244 (Proceso de responsabilidad fiscal agosto 21, 2015).
- Recurso de apelación. Proceso No. CD.000244. (2015, agosto 21). From https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Documents/laudo_esp%C3%B1ol.pdf
- Reinisch, A. (2008). *The Oxford Handbook Of International Investment law*. Edited by Peter Muchlinski. Federico Ortino and Christoph Schreuer. .
- Rodríguez, B. M., & Rodríguez, V. J. (2001). *Acuerdos Bilaterales para la protección de la inversión extranjera en países subdesarrollados – el caso colombiano. Tesis de pregrado*. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana.
- Rosero, N. (s,f). *Clausula de Fork in the road en Acuerdos Internacionales de Inversión: Insumos para la Construcción de un test unificado*.
- Schreuer, C. (2005, junio). Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice. . *The Journal of World Investment & trade.*, 6(3), 357-386.

Talavera, F. N. (1997). *Caso Barcelona Traction Light and Power Company Limited. Espana vs Belgica. 1970.* . Agenda Internacional.

Tutasaura, C. O. (2007). *Diario el Portafolio,* . Bogotá: Especial Portafolio.

Ureña, E. P. (2019). *Glencore contra Colombia una condena agridulce.*

Legislación

- Congreso de la República . (1993, octubre 28). Ley 80 de 1993. Bogotá , Colombia.
- Congreso de la República. (2000, Agosto 15). Ley 610 de 2000. Bogotá D.C, Colombia.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- Sentencia C-619 de 2002 . M.P: Dres. Jaime Cordoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional, Agosto 8, 2002).
- Sentencia C-716 de 2002. Expediente D- 3981, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. (Corte Constitucional, Septiembre 3, 2002).
- Sentencia C-840 de 2001, M.P: Dr. Jaime Araujo Renteria (Corte Constitucional agosto 9 , 2001).

Consejo de Estado

- Concepto 732 (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P: Dr. Javier Henao Hidrón octubre 3, 1995).
- Concepto 846 (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. C.P: Roberto Suarez Franco julio 29, 1996).
- Concepto 848 (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil julio 31, 1996).

Casos

- Barcelona Traction Light and Power Company Limited (Spain v. Belg) (Corte Internacional de Justicia 5 de febrero de 1970).
- Case concerning certain interest in polish upper silesia. Germany vs Poland (Permanent Court of International Justice 22 de Award of March de 1926).
- CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina. , Caso No. ARB/01/8. Laudo, (CIADI 12 de Mayo de 2005).
- EnCana Corporation v. Republic of Ecuador , 184 (UNCITRAL Arbitration 3 de february de 2006).
- Norwegian Shipowners Claims. Norway v. United States of America (Permanent Court of Arbitration 13 de Award of October de 1922).
- Phillips Petroleum Co. V Iran. Award , 189 (226-29 14 de july de 1987).
- PSEG Global Inc. North American Coal Corporation y Konya Ingin Electric v. La República de Turquía. , Caso No. ARB/02/5 (CIADI).
- Tippets, Abbets, McCarthy v. Tams- Affa, Laudo 141-7-2 (Iran - United States Claims Tribunal 19 de June de 1984).
- Caso CIADI Caso No. ARB/99/2. (2001, junio 25). *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. República de Estónia. Laudo.* From https://books.google.com.co/books?id=xDe3DwAAQBAJ&pg=PA183&lpg=PA183&dq=Caso+CIADI+Caso+No.+ARB/99/2,&source=bl&ots=89W0T8vEgS&sig=ACfU3U25ZoZibuL8KGBkVUIO2PI44_GiMQ&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjE9Nmsx-3pAhUxnOAKHU4eB1gQ6AEwBnoECAoQAQ#v=onepage&q=Caso%20CIA

- Caso CIADI No ARB(AF)/00/2. (2003, mayo 29). From Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v Estados Unidos Mexicanos. Laudo: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_Sp.pdf
- Caso CIADI No. ARB/01/8. (2005, mayo 12). *CMS Gas Transmission Company v. República de Argentina. Caso CIADI No. ARB/01/8. Laudo.* From http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4/DC687_Sp.pdf
- Caso CIADI No. ARB/02/5. (2007, enero 19). *PSEG Global Inc, North American Coal Corporation y Konya Ingin Elektrik v. La República de Turquía. Laudo.* From <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4209.pdf>
- Caso CIADI No. ARB/04/19. (2008, agosto 18). *Caso de Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. República del Ecuador. Laudo.* From <https://www.italaw.com/cases/356>
- Caso CIADI No. ARB/16/6. (2019, agosto 27). *Caso de Glencore y CI Prodeco v. la República de Colombia. Laudo .* From <https://iisd.org/itn/es/awards/>