

WILMAR DÍAZ RODRÍGUEZ

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL CASO ELECTRICARIBE
GAS NATURAL FENOSA CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO
¿EXPROPIACIÓN?**

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

Bogotá D.C., Colombia

2020

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

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

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

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

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

Director de Tesis: **Dr. Federico Suárez Ricaurte**

Presidente de Tesis: **Dra. Magdalena Correa Henao**

Examinadores: **Dra. Paola Andrea Acosta Alvarado**
Dr. Bernardo Vela Orbeozo

A mi madre

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE ELECTRICARIBE EN COLOMBIA. LA GÉNESIS DEL PLEITO	1
1.1 LA LLEGADA DE UNIÓN FENOSA A COLOMBIA EN EL AÑO 2000 Y LA ETERNA CRISIS	1
1.2 LAS INVERSIONES DE GNF EN COLOMBIA, SU RELACIÓN CON EL GOBIERNO, LOS DETALLES DEL NEGOCIO DE LA ELECTRICIDAD Y LA CONTINUACIÓN DE LA CRISIS (2004 - 2016) ..	5
1.3 LA CRISIS SE AGUDIZA Y OBLIGA LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO COLOMBIANO (2016).....	12
1.4 LA DEMANDA DE GAS NATURAL FENOSA CONTRA COLOMBIA Y LA CONTRADEMANDA DE COLOMBIA (2017).....	20
1.5 LA SITUACIÓN ACTUAL (2019 - 2020)	25
1.6 EL MODUS OPERANDI DE GAS NATURAL FENOSA EN EL MUNDO	26
1.7 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	28
CAPÍTULO II. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN COLOMBIA. EL TRIBUNAL QUE RESOLVERÁ EL CASO ELCTRICARIBE Y SUS CUESTIONAMIENTOS	31
2.1 CONTEXTO GENERAL	31
2.2 MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN COLOMBIA ...	33
2.3 TRIBUNALES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN CON JURISDICCIÓN EN CASOS DEL ESTADO COLOMBIANO. TRIBUNAL CASO ELECTRICARIBE	36
2.4 LOS CUESTIONAMIENTOS AL CIADI	37

2.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	40
CAPITULO III. REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES QUE	
RESUELVEN PRETENSIONES DE EXPROPIACIÓN, PROFERIDOS	
SOBRE TEMAS AFINES EN LA REGIÓN.....	42
3.1 VANNESSA VENTURES CONTRA VENEZUELA (MINAS LAS	
CRISTINAS).....	42
3.1.1 Resumen del caso.....	42
3.1.2 Justificación de la selección del caso	44
3.1.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante.....	44
3.1.4 Consideraciones del Tribunal	45
3.1.5 Decisión del Tribunal.....	46
3.1.6 Conclusión del caso.....	47
3.2 METALCLAD CORPORATION CONTRA MÉXICO	47
3.2.1 Resumen del caso.....	47
3.2.2 Justificación de la selección del caso	48
3.2.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante.....	49
3.2.4 Consideraciones del Tribunal	49
3.2.5 Decisión del Tribunal.....	50
3.2.6 Conclusión del caso.....	51
3.3 PHILIP MORRIS CONTRA URUGUAY	52
3.3.1 Resumen del caso.....	52
3.3.2 Justificación de la selección del caso	52
3.3.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante.....	53
3.3.4 Consideraciones del Tribunal	54
3.3.5 Decisión del Tribunal.....	55
3.3.6 Conclusión sobre el caso	56
3.4 COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. Y VIVENDI	
UNIVERSAL S.A. CONTRA ARGENTINA	56
3.4.1 Resumen del caso.....	56
3.4.2 Justificación de la selección del caso	57
3.4.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante.....	57

3.4.4 Consideraciones del Tribunal	58
3.4.5 Decisión del Tribunal	60
3.4.6 Conclusión sobre el caso	60
3.5 TECMED CONTRA MÉXICO	61
3.5.1 Resumen del caso	61
3.5.2 Justificación de la selección del caso	61
3.5.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante.....	62
3.5.4 Consideraciones del Tribunal	62
3.5.5 Decisión del Tribunal	63
3.5.6 Conclusión del caso.....	64
3.6 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	64
CAPÍTULO IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACUERDO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA.....	66
4.1 CONTEXTO GENERAL Y ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL MECANISMO DE APROBACIÓN EN INCORPORACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONES AL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO.....	66
4.2 ANÁLISIS MATERIAL DEL ARTICULADO DEL TBI CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA	69
4.2.1 Preámbulo	69
4.2.2 Artículo Primero. Definiciones.....	69
4.2.3 Artículo Segundo. Promoción y admisión de las inversiones	71
4.2.4 Artículo Tercero. Tratamiento Nacional y cláusula de Nación más favorecida	72
4.2.5 Artículo Cuarto. Nacionalización y Expropiación.....	77
4.2.6 Artículo Quinto. Compensación por pérdidas	82
4.2.7 Artículo Sexto. Transferencias	82
4.2.8 Artículo Séptimo. Otras disposiciones	83
4.2.9 Artículo Octavo. Subrogación	83

4.2.10 Artículo Noveno. Solución de controversias entre las partes contratantes.....	84
4.2.11 Artículo Décimo. Controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante	84
4.2.12 Artículo Undécimo. Ámbito de aplicación.....	89
4.2.13 Artículo Duodécimo. Consultas y Artículo Décimo Tercero. Entrada en vigor, duración y terminación	89
4.3 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO	89
CAPITULO V. GAS NATURAL FENOSA CONTRA EL ESTADO	
COLOMBIANO ¿HUBO EXPROPIACIÓN?	91
5.1 NOCIÓN DE EXPROPIACIÓN EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN Y SU TRATO EN COLOMBIA	91
5.2 EXPROPIACIÓN DIRECTA	96
5.3 LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA TENSIÓN CON LA POTESTAD REGULATORIA DE LOS ESTADOS	98
5.4 GAS NATURAL FENOSA CONTRA COLOMBIA: ¿EXPROPIACIÓN INDIRECTA O REGULACIÓN LEGÍTIMA?	107
5.4.1 Actos del Estado que configuran expropiación	107
5.4.2 Factores para determinar si hubo expropiación	121
5.4.2.1 Impacto económico o nivel de interferencia	121
5.4.2.2 Análisis sobre la naturaleza de la medida	123
5.4.2.2.1 La afectación a las expectativas legítimas	124
5.4.2.2.2 La discriminación.....	125
5.4.2.2.3 El abuso del poder.....	125
5.4.2.2.4 La falta de trato justo y equitativo.....	125
5.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO Y UNA MIRADA A LA ESTRATEGIA DE LAS PARTES.....	129
CONCLUSIONES.....	132
BIBLIOGRAFÍA	137
ANEXOS.....	150

LISTA DE ILUSTRACIONES

	Pág.
Ilustración 1: Mercado de la Costa	3
Ilustración 2: Electricaribe - Inversiones Vs. SAIDI (2013-2016).....	7
Ilustración 3: Plan 5 Caribe	8
Ilustración 4: Ejecución de inversiones 2015 – 2016 – 2017.....	10
Ilustración 5: Protesta ciudadana contra el mal servicio de Electricaribe.....	13
Ilustración 6: Protesta del partido Conservador contra Electricaribe	14
Ilustración 7: La toma de posesión de Electricaribe	17

LISTA DE ACRÓNIMOS

AII:	Acuerdo Internacional de Inversión
APPRI:	Acuerdos para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones
CIADI:	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
GNF:	Gas Natural Fenosa
IED:	Inversión Extranjera Directa
SSPD:	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
TBI:	Tratado Bilateral de Inversiones
TLC:	Tratado de Libre Comercio
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD:	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversión es en la actualidad un tema de sobrada relevancia jurídica y coyuntural en el mundo. Por esta razón, la presente investigación se desarrollará teniendo este tema como eje central, analizado a la luz de un caso específico, en donde el Estado colombiano es demandado por la multinacional española Gas Natural Fenosa (GNF) hoy denominada Naturgy, accionista mayoritaria¹ de la sociedad Electrificadora del Caribe – Electricaribe S.A. E.S.P.

El hecho que causó la demanda se dio el 14 de noviembre de 2016, cuando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) decidió la toma de posesión de Electricaribe², es decir, el Estado colombiano intervino a la empresa encargada de prestar el servicio público de energía eléctrica en toda la región Caribe colombiana. Esto fue interpretado por GNF como un acto equivalente a una expropiación. Posteriormente, el 14 de marzo de 2017, la SSPD, dispuso que la toma de posesión de Electricaribe, era con fines de liquidar la empresa.³

Según la SSPD “no se trató de una decisión menor. Con la intervención inició el proceso de quiebra de una compañía que administra el monopolio natural de distribución eléctrica en los siete departamentos que conforman la Costa Caribe colombiana, un área con más de 10 millones de habitantes que consume el 25% de la

¹ Accionistas Privados: i) Aplicaciones y Desarrollos Profesionales Nuevo Milenio S. L. con 42.711.402.957 de acciones que representan un 85,38 % de participación; ii) Gas Natural SDG S.A. con 119.491 acciones que representan el 0,00 % de participación; iii) La Propagadora del Gas S.A. con 11.435 acciones que representan un 0,00 % de participación y; iv) Otros privados con 319.385.321 acciones que representan un 0,63 % de participación. Fuente: Contraloría General de la República de Colombia, Informe actuación especial Electricaribe, Julio de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/782041/2017+Informe+AE+Electricaribe.pdf/e375cc5d-8dee-4950-b005-cb194c8d92a6?version=1.1> p 6

² Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.

³ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD – 20171000005985 del 14 de marzo de 2017.

energía generada en Colombia y representa alrededor del 15% del producto interno bruto nacional.”⁴

Ante esta situación, la multinacional española GNF en su calidad de accionista mayoritario de Electricaribe, con el 85 % de las acciones⁵, instauró una demanda⁶ en contra del Estado colombiano ante un tribunal internacional de arbitraje de inversiones por la decisión de la Superintendencia de intervenir y posteriormente resolver que la toma de posesión tenía fines de liquidar a Electricaribe.

No se trata entonces de cualquier pleito judicial. En la actualidad, es el proceso de arbitraje internacional más cuantioso en contra de Colombia. Según datos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), este tribunal de arbitramento en marcha desde 2017, podría costar a los colombianos un poco más de \$5,2 billones.⁷

Uno de los argumentos centrales de la demanda arbitral, es el que sostiene que el Estado colombiano, con esta medida, expropió a GNF. El demandante alega que esto constituye una franca violación al Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado entre Colombia y España.

⁴ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A., diciembre de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe>

⁵ PRIETO-RIOS, Enrique, URUEÑA, René, Lo que hay que saber de la demanda contra Colombia por Electricaribe, Marzo 2017, 26 de marzo de 2017 [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/10133-lo-que-hay-que-saber-de-la-demanda-contra-colombia-por-electricaribe.html>

⁶ Gas Natural SDG S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L. v. Republic of Colombia (ICSID Case No. UNCT/18/1) [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=UNCT/18/1> “Demandante: Gas Natural SDG y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L; demandado: República de Colombia; Acuerdo internacional de inversión: APPRI Colombia-España; Reglas del arbitraje: CNUDMI/Administra CIADI; Fecha de notificación de intención: 11 de julio de 2016; Fecha de Notificación de la Controversia: 30 de noviembre de 2016; Fecha solicitud de arbitraje: 12 de marzo de 2017; Fecha de constitución del tribunal arbitral: 18 de enero de 2018; Estado: activo”

⁷ El Espectador, Cuenta regresiva para conocer fallo en el proceso arbitral más costoso contra Colombia, 4 de julio de 2020, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/cuenta-regresiva-para-conocer-fallo-en-el-proceso-arbitral-mas-costoso-contra-colombia/>

Por lo anterior, y frente a unas pretensiones que a 15 de junio de 2018 ascienden a US\$1.625.000.000.00⁸ el asunto es muy relevante y de gran magnitud.

De esta manera surge el cuestionamiento central de esta investigación que busca determinar si con la intervención y orden de liquidación de Electricaribe ¿El Estado colombiano expropió a GNF o si su actuación corresponde al ejercicio legítimo de la potestad o derecho a regular que tienen los Estados?

El anterior cuestionamiento se responde con un concluyente argumento: el Estado colombiano con sus actuaciones a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no expropió a la multinacional española Gas Natural Fenosa.

Quedará demostrado que ordenar mediante actos administrativos, la toma de posesión y posterior liquidación de Electricaribe, no constituye expropiación alguna, pues esta medida se tomó usando legítimamente el poder de policía del estado colombiano en defensa de un interés público, con observancia al debido proceso, atendiendo el factor de proporcionalidad y haciendo pleno uso de las facultades regulatorias del Estado, en defensa de millones de ciudadanos que padecían un deficiente servicio público.

También, se demostrará que el caso estudiado es un emblemático ejemplo de lo que se conoce en la doctrina como efecto de enfriamiento regulatorio o efecto disuasivo para legislar en interés público⁹. Otro aspecto a determinar más adelante, una vez se haya proferido el laudo, es sí el Tribunal de Arbitraje de Inversión acoge las

⁸ La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en respuesta a derecho de petición radicado No. 20188001459892, no especifica si el valor suministrado incluye o no los intereses y gastos del tribunal de arbitramento.

⁹ GONGORA MERA, Manuel, El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

pretensiones de Colombia con relación a determinar si GNF desconoció pautas jurídicas relevantes del Estado Colombiano.

En este caso también se evidencia un escenario diferente, en donde si bien, no hubo expropiación, una eventual condena en contra de Colombia se puede dar, bajo la figura de la violación a los estándares de trato justo y equitativo, pues este concepto no quedó bien negociado en el tratado, además, ofrece a los árbitros, proclives a beneficiar al reclamante, menos rigurosidad conceptual y ello los lleva a emitir condenas por violación a esta cláusula.

Para llegar al anterior argumento que responde la pregunta problema, este trabajo empleará una metodología de carácter dogmático jurídico, con componentes de una investigación de *lege data*¹⁰ al ser descriptiva en gran medida, y en otro segmento, la investigación será de *lege ferenda*¹¹, pues se criticará y planteará la necesidad de un cambio sobre la concepción de los actuales mecanismos de solución de controversias entre Estado e inversor. Así, se usarán como fuentes los Tratados Internacionales de Inversión, la jurisprudencia, laudos arbitrales y la doctrina entre otras. También se analizará la conveniencia del sistema de arbitraje de inversión para países como Colombia.

El capítulo tercero, tendrá una compilación de fuentes *Soft Law* pues este comprende el estudio de una serie de laudos arbitrales que resuelven pretensiones de expropiación, cuya elección se basó en dos criterios: situaciones fácticas similares al caso estudiado; o suficiente desarrollo conceptual de la figura de la expropiación.

¹⁰ COURTIS, Christian. El juego de los juristas. “Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, *Observar la ley: ensayos sobre la metodología de la investigación jurídica*, Madrid, editorial Trotta, 2006, p. 122.

¹¹ *Ibidem*, p. 125.

Para la elaboración de esta tesis, tendiendo a la búsqueda y recolección de información se interpusieron siete derechos de petición¹² dirigidos a varias autoridades administrativas y a las partes involucradas en el pleito. No obstante, por tratarse de un pleito vigente, la información suministrada fue restringida, pues las respuestas se amparaban en el carácter confidencial¹³ que tienen estos procesos.

Por ello, la información usada en este trabajo, es limitada, pues no se tienen documentos oficiales del proceso arbitral, por lo que la información que se cita corresponde a comunicados de prensa de las partes, entrevistas otorgadas por los actores a la prensa, y notas de medios de comunicación local, internacional y especializados en asuntos de arbitraje.

En esta tesis se aplicó parcialmente el método socio jurídico, ya que se hicieron dos entrevistas, una a José Miguel Mendoza¹⁴, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios que tomó la decisión de intervenir a Electricaribe, y otra a Norman Alarcón Rodas¹⁵, Representante del movimiento ciudadano Indignados por Electricaribe. En cuanto a GNF, se radicó un derecho de petición¹⁶ con el fin de establecer contacto con ellos, pero este no fue respondido. No obstante mediante comunicados de prensa, se tiene clara su posición frente a lo sucedido.

¹² i) Derecho de petición radicado ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el 20 de diciembre de 2019; ii) Derecho de petición radicado ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el 26 de diciembre de 2019; iii) Derecho de petición radicado ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado el 20 de diciembre de 2019; iv) Derecho de petición radicado ante la Cancillería de Colombia el 17 de diciembre de 2019; v) Derecho de petición radicado ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 24 de septiembre de 2019; vi) Derecho de petición radicado ante el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, radicado el 24 de septiembre de 2019; vii) Derecho de petición radicado ante Gas Natural Fenosa Engineering S.A.S., radicado el 7 de enero de 2020.

¹³ Colombia, Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, respuesta a derecho de petición radicado No. 20188001459892.

¹⁴ Esta entrevista se llevó a cabo el día 10 de enero de 2020, pero no cuenta con registro de audio o video, porque el entrevistado manifestó haber suscrito un acuerdo de confidencialidad que le prohibía suministrar información. La entrevista se redujo a una conversación informal en donde el ex funcionario dio una orientación a partir de su percepción y algunos consejos para adelantar esta investigación.

¹⁵ ALARCÓN RODAS, Norman. Representante del movimiento Indignados por Electricaribe Entrevista telefónica, 2 de abril de 2020.

¹⁶ Derecho de Petición radicado vía correo electrónico el día 7 de enero de 2020 ante GAS NATURAL FENOSA ENGINEERING S.A.S.

En resumen, esta investigación tiene como objeto, a partir de un caso específico, describir y analizar críticamente aspectos del arbitraje de inversión y el tratamiento dado en Colombia; el Acuerdo de inversiones entre Colombia y España; algunos laudos arbitrales proferidos sobre temas de expropiación; hechos; y actuaciones jurídicas que generaron la demanda arbitral de GNF en contra de Colombia. Todo esto para finalmente desembocar en el análisis de la figura de la expropiación con todas sus implicaciones, aristas y la tensión con el derecho a regular que despliegan los Estados y que genera el llamado “*chilling effect*” o “*regularoty chill*”¹⁷. Efecto enfriamiento de las políticas públicas en la regulación de sectores donde estas empresas actúan o “efecto disuasivo para legislar en interés público”.¹⁸ Lo que convierte a GNF en cierta medida en un actor político, pues indirectamente ejerce una presión que puede influir en las decisiones del estado, siendo este caso, un claro ejemplo del mencionado efecto de enfriamiento regulatorio que se define como la “inhibición que sufre el estado para modificar, y mejorar la regulación, pues temen de alguna manera a las consecuencias legales que pueden sobrevenir”¹⁹

Autores como Gus Van Harten y Dayna Nadine Scott, son conclusivos al sostener que la posibilidad de demandas de un inversor extranjero en contra de un país el

¹⁷ SEGRERA, Ayala Yira y ORTIZ TORRES, Meylin. Implicaciones del TLC Colombia Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del *ius constitutionale commune* en América Latina, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 348, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

¹⁸ GONGORA MERA, Manuel. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

¹⁹ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento) CEPAL – Colección Documentos de proyectos, Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio de 2010, p 33.

marco de la solución de controversias entre inversionista estado, si es un factor de presión sobre los gobiernos para que estos “veten propuestas regulatorias por su impacto en inversores extranjeros”, en otras palabras, la posibilidad de ser demandados ante paneles internacionales, es un factor que los gobiernos sopesan, concluyendo que esto “efectivamente lleva al enfriamiento regulatorio”.²⁰

En este orden, en el primer capítulo se analizará la historia e inversión de Electricaribe en Colombia y se cimentarán las bases fácticas y jurídicas del caso. En el segundo capítulo, se revisará el arbitraje de inversión en la normatividad colombiana, es decir, la forma en que Colombia regula esta herramienta internacional de solución de controversias, y se hará una crítica a este controvertido sistema. En el tercer capítulo, se revisarán y analizarán laudos arbitrales proferidos sobre temas similares en la región, con el fin de tomar los elementos de juicio y argumentos esgrimidos por las partes y los árbitros, que los llevaron a resolver si hubo o no expropiación en el caso estudiado.

En el cuarto capítulo se abordará el análisis del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Colombia y España, aprobado por la Ley 1069 de 2006. Finalmente, en el quinto capítulo se abordará el caso concreto y en el cual se analizará el concepto de expropiación a la luz de los hechos y argumentos de ambas partes, para de esta manera resolver el cuestionamiento planteado usando como insumo lo concluido en los capítulos anteriores.

²⁰ VAN HARTEN Gus y NADINE SCOTT Dayna Tratados de Inversión y el veto interno de propuestas regulatorias: Estudios de caso de Canadá, septiembre 26 de 2017 [en línea] [Fecha de consulta 21 de febrero 2020] disponible en: <https://www.iisd.org/itm/es/2017/09/26/investment-treaties-internal-vetting-regulatory-proposals-case-study-from-canada-gus-van-harten-dayna-nadine-scott/>

CAPÍTULO I. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DEL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE ELECTRICARIBE EN COLOMBIA. LA GÉNESIS DEL PLEITO

Con este capítulo se demostrará que la intervención a Electricaribe se fundó en hechos reales, verificados e imputables a la empresa. Se iniciará con un análisis de la historia de GNF como accionista mayoritario de Electricaribe en Colombia desde su llegada al país hasta la toma de posesión. Esto con el objeto de contextualizar al lector con una descripción del desarrollo de la actividad de Electricaribe en Colombia, a fin de lograr la ubicación fáctica en un escenario que lleve a entender o por lo menos, que ilustre el marco y antecedentes de este pleito.

De manera posterior se revisarán los hechos de la demanda, las actuaciones de las partes y el estado actual del proceso.

Como punto de cierre se abordará de manera sucinta el caso de GNF contra Egipto, únicamente con el objetivo de tener una referencia de la manera de operar de esta empresa en el mundo.

1.1 LA LLEGADA DE UNIÓN FENOSA A COLOMBIA EN EL AÑO 2000 Y LA ETERNA CRISIS

La génesis de este asunto se da en el año 1967 con la creación de Corelca S.A. E.S.P²¹, empresa de servicios públicos por acciones de naturaleza mixta, “una especie de EPM de Medellín, pero de la Costa, Corelca tenía todos los segmentos del negocio

²¹ Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica (Corelca), creada por la ley 59 del 26 de diciembre de 1967 como un establecimiento público descentralizado, dotado de personería jurídica y administración y patrimonio propio, con jurisdicción en los territorios que el 30 de abril de 1967 comprendían los Departamentos del Atlántico, Bolívar, Córdoba, Magdalena, Sucre y Guajira.

eléctrico”²², generación, transmisión, distribución y comercialización, que son los 4 eslabones del sector eléctrico, Corelca fue la empresa que levantó toda la infraestructura de la Costa.²³

Corelca distribuía la energía a través de las electrificadoras de cada uno de los departamentos de la costa Caribe. No obstante, el sector siempre ha estado en crisis, pues “se presentaban apagones en departamentos completos durante largas horas y varias veces al año, que desestimulaban el turismo y la industria, y hacían penoso el diario transcurrir”²⁴

Frente a esta crisis, y a las dificultades que tuvo el gobierno para capitalizar a Corelca²⁵, este decidió hacer “una primera toma de posesión de los negocios y bienes de las electrificadoras de los 7 departamentos de la costa por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos en marzo de 1998”.²⁶ Es allí en donde surgen “cinco nuevas empresas para la prestación del servicio público, entre las cuales se encontraban Electricaribe y Electrocosta, que realizarían las actividades de distribución y comercialización de energía.”²⁷

Para contextualizar lo anterior, a continuación, se ilustrará el mercado de electricidad de la costa Caribe colombiana:

²² ALARCÓN RODAS Norman. Entrevista telefónica, Ob. Cit.

²³ *Ibíd*em

²⁴ YANCES PEÑA Miguel. Historia olvidada, Diario El Universal, 2 de enero de 2012 [en línea] [Fecha de consulta 3 abril 2020] disponible en: <https://www.eluniversal.com.co/opinion/columna/historia-olvidada-OVEU140709>

²⁵ Revista Dinero. Interés oculto en Corelca, 31 de julio de 1998 [en línea] [Fecha de consulta 3 abril 2020] disponible en: <https://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/el-interes-oculto-corelca/15350>

²⁶ Contraloría General de la República de Colombia, Informe actuación especial Electricaribe, Julio de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documentos/20181/782041/2017+Informe+AE+Electricaribe.pdf/e375cc5d-8dee-4950-b005-cb194c8d92a6?version=1.1> p 6

²⁷ *Ibíd*em.

Mercado de la Costa - Datos clave

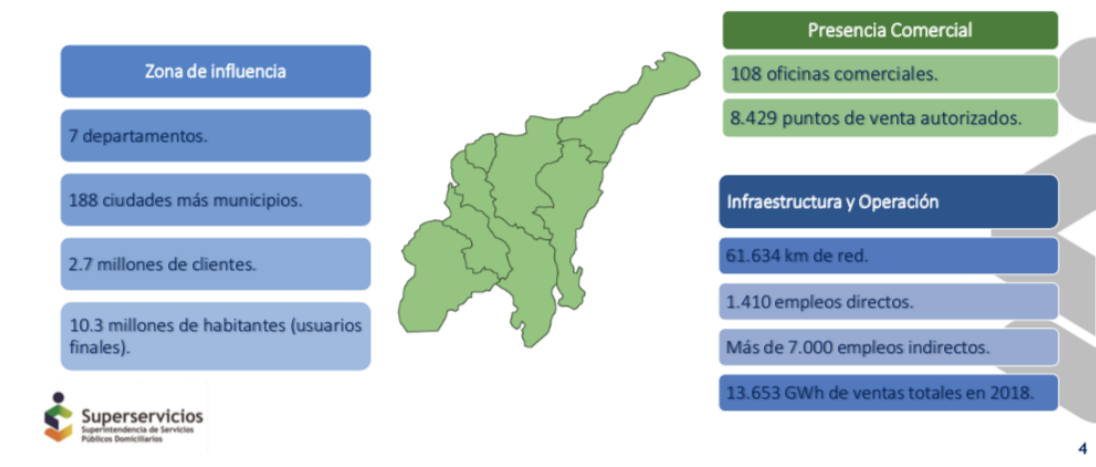


Ilustración 1: Mercado de la Costa

Fuente: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ESQUEMA DE SOLUCIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA EN LA REGIÓN CARIBE, Socialización - Cumplimiento del fallo de Acción Popular proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, 2019.

Como preámbulo de la llegada de Unión Fenosa, se tiene el ya mencionado común denominador: la crisis permanente de este mercado que puede tener varias causas, entre ellas corrupción y malos manejos “que confirma la importancia de las electrificadoras de la Costa como fortín burocrático y "vaca lechera" de los políticos de esa región del país.”²⁸

En 1998 “Electricaribe y Electrocosta fueron capitalizadas en un 65% por el consorcio conformado entre Houston Industries y Electricidad de Caracas, y se les transfirieron todos los activos, algunos pasivos y se realizó la sustitución de los trabajadores y pensionados de las anteriores electrificadoras públicas (Atlántico, Magdalena, Cesar, Guajira, Bolívar, Córdoba, Sucre y Magangué). El 35% restante quedó en manos de las anteriores electrificadoras y Corelca.”²⁹

²⁸ Revista Dinero. Interés oculto en Corelca, 31 de julio de 1998. Ob. Cit.

²⁹ Ibídem, p. 6

En este punto de la historia, en el año 2000 es donde aparece la empresa española Unión Fenosa que le compró su participación a Electricidad de Caracas, haciéndose de uno de los principales negocios con “patrimonios públicos del Litoral Atlántico, a precio de gallina flaca: 450 millones de dólares (menos de un billón de pesos).”³⁰

La multinacional española al comprar a los inversionistas iniciales su participación toma el control total del negocio en el año 2000. En diciembre de 2007 se fusionaron Electricaribe y Electrocosta; y “en 2009, las españolas Gas Natural se fusiona con Unión Fenosa y asume el control de la compañía.”³¹

La composición accionara de Electricaribe es la siguiente:

COMPOSICIÓN ACCIONARIA DE ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.		
ACCIONISTAS	No. DE ACCIONES	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN
PRIVADOS		
Aplicaciones y desarrollos profesionales Nuevo Milenio S. L. ³²	42.711.402.957	85,38%
Gas Natural SDG S.A.	119.491	0,00%
La propagadora del gas S.A.	11.435	0,00%
Otros privados	319.385.321	0,63%
Total participación privada	43.030.919.204	86,01%
PÚBLICOS		
Patrimonio autónomo Fiduciaria La Previsora – Electrificadora de Bolívar S.A. E.S.P. en liquidación	1.306.882.786	2,61%
La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público	1.179.055.732	2,36%
Patrimonio autónomo Fiduciaria La Previsora – Electrificadora de Córdoba S.A. E.S.P. en liquidación	458.645.043	0,92%
Patrimonio autónomo Fiduciaria La Previsora – Electrificadora de La Guajira S.A. E.S.P. en liquidación	301.353.350	0,60%
Patrimonio autónomo Fiduciaria La Previsora –	264.268.652	0,53%

³⁰ ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014, [en línea] [Fecha de consulta 31 de marzo de 2020] disponible en: <https://deslinde.co/la-olla-a-presion-del-servicio-electrico-en-la-costa-atlantica-2/>

³¹ Contraloría General de la República de Colombia, Informe actuación especial Electricaribe, Julio de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.contraloria.gov.co/documentos/20181/782041/2017+Informe+AE+Electricaribe.pdf/e375cc5d-8dee-4950-b005-cb194c8d92a6?version=1.1> p 6

³² Aplicaciones y Desarrollos Profesionales Nuevo Milenio SL es una filial de Gas Natural Fenosa y desde 2013 tiene el control de Electricaribe S.A. E.S.P.

COMPOSICIÓN ACCIONARIA DE ELECTRICARIBE S.A. E.S.P.		
ACCIONISTAS	No. DE ACCIONES	PORCENTAJE DE PARTICIPACIÓN
Electrificadora de Magangué S.A. E.S.P. en liquidación		
Fideicomiso Fiduvalle ISA 2	240.493.872	0,48%
Patrimonio autónomo Fiduciaria La Previsora – Electrificadora de Sucre S.A. E.S.P. en liquidación	212.910.819	0,43%
Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta	196.056.265	0,39%
Patrimonio autónomo Fiduciaria La Previsora – Electrificadora del Atlántico S.A. E.S.P. en liquidación	188.557.945	0,38%
La Nación Ministerio de Minas y Energía	169.856.899	0,34%
Gobernación Del Departamento Del Cesar	162.218.683	0,32%
Otros Públicos	366.911.856	0,74%
TOTAL PARTICIPACIÓN PÚBLICA	5.047.211.902	10,10%
MIXTOS		
Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica S.A. E.S.P.	1.934.383.095	3,87%
Otros mixtos	14.640.429	0,02%
TOTAL PARTICIPACION MIXTA	1.949.023.524	3,89%
TOTAL	50.027.154.630	100,00%

Fuente: Contraloría General de la República de Colombia, Informe actuación especial Electricaribe, Julio de 2017.

De esta manera, la multinacional española GNF hoy denominada Naturgy, da inicio a una serie de inversiones en Colombia, a través de Electricaribe. Inversiones que en las siguientes líneas se describirán y analizarán, hasta llegar a la actualidad en donde el gobierno nacional resolvió intervenir la empresa con fines liquidatarios.

1.2 LAS INVERSIONES DE GNF EN COLOMBIA, SU RELACIÓN CON EL GOBIERNO, LOS DETALLES DEL NEGOCIO DE LA ELECTRICIDAD Y LA CONTINUACIÓN DE LA CRISIS (2004 - 2016)

Como primer punto se tiene que la crisis de energía eléctrica en la costa Caribe colombiana, como ya se ha ilustrado, es de vieja data. Un factor decisivo para que esto sea así es que “las redes y subestaciones de las antiguas electrificadoras fueron

presuntamente construidas, en algunos tramos, con sobrecostos y materiales de dudosa calidad. Problema que hereda Electricaribe.”³³

Se habla entonces de una infraestructura que el mismo Gobierno Nacional califica de obsoleta, y si a eso se le adiciona, la falta de control y de gestión por parte de Electricaribe, da como resultado un deficiente servicio público de suministro de energía.³⁴ Según el gobierno colombiano, la gestión de Electricaribe se “caracterizó por reducidas inversiones en la infraestructura eléctrica de la región Caribe, lo que desencadenó problemas operativos, altos niveles de pérdidas de energía, bajos niveles de recaudo y una prestación ineficiente del servicio.”³⁵

Según la SSPD 2016 fue el año en el que se realizaron menores inversiones en los últimos 9 años. “Desde 2013 la tendencia de las inversiones realizadas por Electricaribe es claramente descendente, afectando la calidad del servicio. Según se observa en las siguientes gráficas, los indicadores SAIDI (Duración Promedio de las Interrupciones) y SAIFI (Frecuencia Promedio de las Interrupciones) se ven afectados por las disminuciones en la inversión.³⁶ En la siguiente gráfica se aprecia que desde 2013 la tendencia de las inversiones de Electricaribe es descendente y que, a su vez, el indicador de calidad SAIDI tiene una tendencia creciente (que representa una desmejora en el servicio).”³⁷

³³ BARRIENTOS MARÍN Jorge. Electricaribe: la historia de un fracaso social, Portafolio, 5 de marzo de 2019, disponible en: <https://www.portafolio.co/opinion/otros-columnistas-1/electricaribe-la-historia-de-un-fracaso-social-527104>

³⁴ Portafolio, entrevista a la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Natasha Avendaño, julio 1 de 2019, disponible en <https://www.portafolio.co/economia/inversiones-que-necesita-electricaribe-ya-superan-los-8-billones-531140>

³⁵ Departamento Nacional de Planeación, Consejo Nacional de Política Económica y Social República de Colombia, Documento CONPES No. 3966 del 19 de julio de 2019

³⁶ A pesar de que los indicadores SAIDI y SAIFI no son los indicadores adoptados por la regulación en Colombia, son internacionalmente aceptados como indicadores para medir la calidad y continuidad en el servicio de distribución de electricidad y han sido usados por la propia Electricaribe para evaluar su desempeño.

³⁷ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A., diciembre de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe> p 41

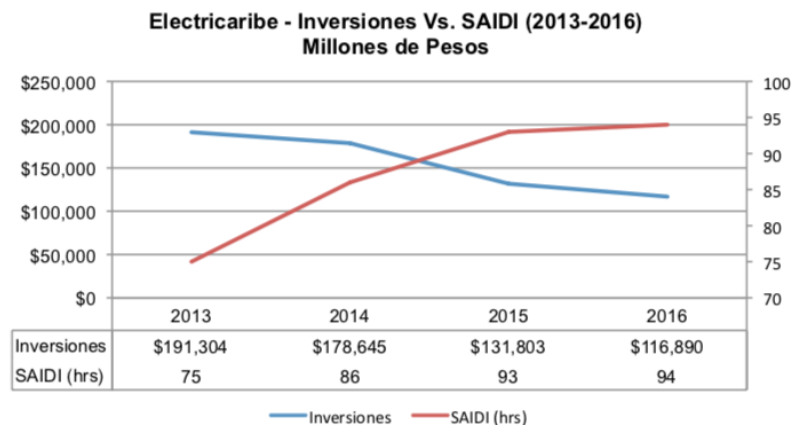


Ilustración 2: Electricaribe - Inversiones Vs. SAIDI (2013-2016)

Fuente: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A., diciembre de 2017.

Como contraste de las deficientes inversiones, las tarifas al usuario si aumentaban constantemente, pues según Norman Alarcón, basado en cifras del DANE, entre los años 2008 y 2012 los precios de la energía eléctrica se incrementaron 35%, mientras el índice de precios al consumidor (IPC) en el mismo lapso aumentó 14%, es decir, el valor de la energía incrementó más de dos veces el costo de vida, encareciéndola. Lo anterior se agravó cuando en el mes de junio de 2014, el Gobierno Nacional aprobó un fuerte aumento del 10,9%, cuya causa según el exministro de Minas, Amilkar Acosta, es el fenómeno de El Niño, el cual hizo que los costos de generación aumentaran y se cargaran a los usuarios.³⁸

Ante este difícil escenario producto de la baja inversión que redundó en deficiente servicio, además del mencionado aumento en las tarifas, el gobierno nacional a mediados de 2015, creó un plan de salvamento denominado “PLAN 5 CARIBE” consistente en “cinco estrategias que buscan ponerle fin al siguiente círculo vicioso: se va la luz porque desde 2013 Electricaribe no invierte un peso en mejoras. Y, a la

³⁸ ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014. Ob. Cit.

vez, Electricaribe dice que no invierte porque el Estado y los usuarios no le pagan las facturas y además hacen fraude.”³⁹

El Plan 5 Caribe contenía acciones que contemplaban inversiones por más de \$4 billones para los proyectos en el sistema de transmisión y normalización de redes, Además, se instaba a Electricaribe a realizar acciones de corto y mediano plazo que ayudarán a mejorar el servicio, que iban desde el aumento de brigadas de poda y mejora del servicio al cliente, hasta inversiones en la infraestructura eléctrica.⁴⁰

El plan anunciado tenía los siguientes cinco componentes:

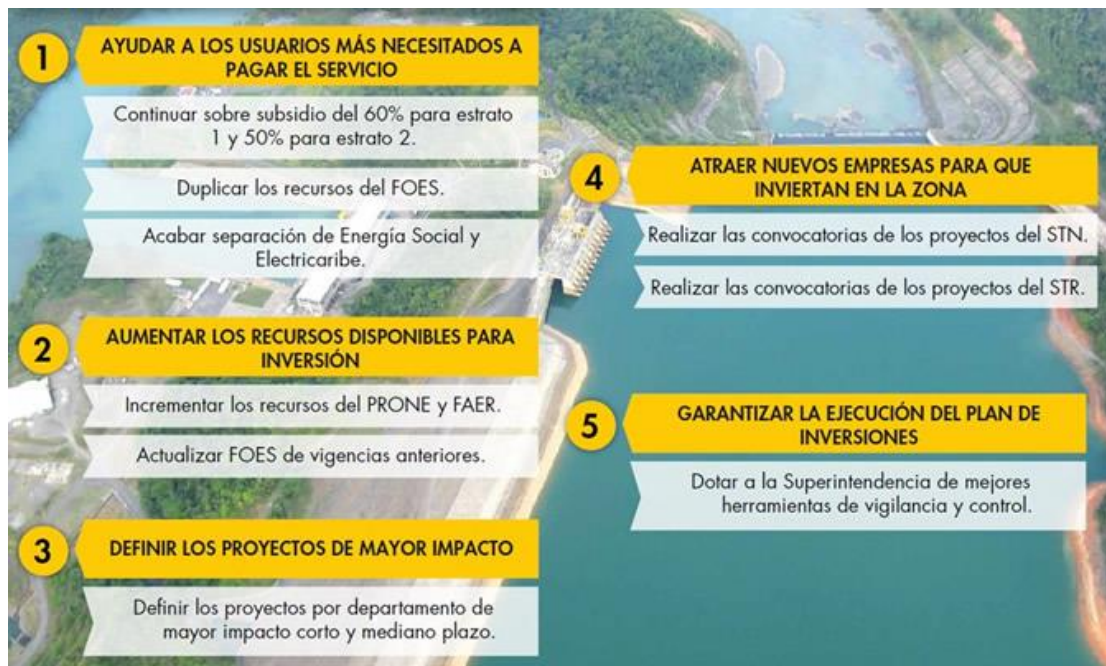


Ilustración 3: Plan 5 Caribe

Fuente: Ministerio de Minas y Energía, PLAN 5 CARIBE, 12 de junio de 2015.

³⁹ ARRIETA ARDILA Laura. La Silla Vacía, el fracaso del plan para resolver el problema de Electricaribe, 12 de agosto de 2016, disponible en <https://lasillavacia.com/historia/el-fracaso-del-plan-para-resolver-el-problema-de-electricaribe-57516>

⁴⁰ Ministerio de Minas y Energía, PLAN 5 CARIBE, 12 de junio de 2015, disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/plan-5-caribe>

Sin embargo, el Plan 5 Caribe pronto fracasó, pues entre enero y junio de 2016 “Electricaribe invirtió apenas 47 mil millones de pesos, de los 248 mil millones que propuso invertir en la lista de obras por departamento que presentó. Y además bajó el presupuesto de inversión en 2016 a 131 mil millones de pesos.”⁴¹

En atención esto, Edgardo Sojo, gerente del Plan 5, y el entonces ministro de Minas Germán Arce aseguraron públicamente que esa empresa “no ha cumplido con su parte de las inversiones, anunciando el inicio de las audiencias a Electricaribe que determinarán presuntos incumplimientos en la ejecución de 79 proyectos de electrificación.”⁴²

Como contracara de lo anterior, GNF afirma que la inversión de Electricaribe entre 2011 y 2015 ascendió a 255 millones de euros, y pudo haber sido tres veces mayor “de haber contado con el apoyo del gobierno para atajar el grave problema de fraude e impago, reiteradamente denunciados.”⁴³ No obstante lo anterior, existen autores que sostienen que el problema del impago no es como lo presenta GNF, pues, se ha comprobado que estas deudas están infladas.⁴⁴

Volviendo al tema de las inversiones, según la Superintendencia de Servicios Públicos, la ejecución de inversiones antes de la intervención, era precaria, y se grafica así:

⁴¹ ARRIETA ARDILA Laura, La Silla Vacía, el fracaso del plan para resolver el problema de Electricaribe, 12 de agosto de 2016. Ob. Cit.

⁴² Ministerio de Minas y Energía, comunicado de prensa, Barranquilla, 1 de septiembre de 2016, disponible en: <https://www.minenergia.gov.co/historico-de-noticias?idNoticia=23811407>

⁴³ Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 22 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://prensa.naturgy.com/gas-natural-fenosa-ha-solicitado-hoy-el-inicio-del-procedimiento-arbitral-para-que-se-le-devuelva-la-sociedad-colombiana-electricaribe/>

⁴⁴ “La empresa utiliza en muchas ocasiones el cobro de consumo estimado, el cual está prohibido por la Ley 142 de 1994 (solo lo admite en un solo mes). Esta denuncia la ha corroborado la Superintendencia de Servicios Públicos, oficina de Barranquilla. El cobro en los barrios subnormales se hace a través de un totalizador que atiende a un número plural de usuarios. Los más lejanos del totalizador reciben una energía precaria, pero les cobran de acuerdo con lo que mide el totalizador. Otro costo es el Consumo Distribuido Comunitario, a través del cual le cobran las pérdidas de energía a todos los usuarios. También han contribuido las alzas exageradas en las tarifas, que han subido un 7% anual en los últimos cinco años (El Heraldo, 26 de septiembre 2013)”: ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014. Ob. Cit.



Ilustración 4: Ejecución de inversiones 2015 – 2016 – 2017

Fuente: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Proceso de intervención Electricaribe S.A. E.S.P., Ruty Paola Ortiz Jara, Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios marzo 1 de 2018.

De lo anterior se deduce que Electricaribe no cumplió con las inversiones necesarias, para un negocio de esta envergadura y aunque en su contabilidad aparecen registrados planes de inversión por más de \$1 billón, estas inversiones no se vieron materializadas en calidad y cobertura, pues siempre hubo problemas en la culminación de proyectos asociados a la normalización de redes. Así se evidenció en sendas visitas técnicas adelantadas por la Contraloría General en los departamentos de Magdalena, Bolívar y Cesar, en donde, de 74 proyectos tan sólo 4 presentaban ejecución total y vinculación formal de los usuarios al operador de red.⁴⁵

Según el interventor Javier Lastra, “desde la perspectiva de la antigüedad de la infraestructura, es de resaltar que el 18,4% de los transformadores de potencia superan

⁴⁵ ZULUAGA PARDO, Carlos. 10 mentiras de Electricaribe, Las Dos Orillas, 17 de junio de 2015 [en línea] [Fecha de consulta 29 abril 2020] disponible en: <https://www.las2orillas.co/10-mentiras-de-electricaribe/>

los 35 años y hay 11 unidades con más de 45 años. Paralelamente, el 30,63% de los activos de control y comunicaciones tienen un nivel superior a 10 años.”⁴⁶

Por parte del gobierno, este sí le inyectó dinero al servicio, pues según “datos oficiales de Gas Natural Fenosa en su página web, indican los montos de las inversiones de la Nación en la energía eléctrica de la Costa del año 2004 al 2013: Confiabilidad del servicio: \$150.039 millones; electrificación rural: \$70.006 millones; normalización de redes: \$350.071 millones; TOTAL: \$586.996 millones”⁴⁷

Entre el 2009 y el 2018, la Nación le desembolsó \$5,6 billones a Electricaribe distribuidos entre subsidios y recursos para el Fondo de Energía Social. El monto entregado, fácilmente puede representar dos reformas tributarias y tiene como fin el mantenimiento de la infraestructura para la transmisión y distribución de energía.⁴⁸

Otra arista de este complejo escenario tiene que ver con las utilidades de la empresa, pues a pesar de todo, en varios años esta obtuvo buenas ganancias. Como ejemplo de ello se tiene el estado de resultados a diciembre 31 de 2012 que indica que Electricaribe obtuvo una “utilidad operacional por 23 mil millones de pesos y eso que, según la empresa, solo recauda el 80% de la facturación.”⁴⁹ También está el informe anual de 2013, el cual señala que “Electricaribe tuvo utilidades netas entre los años 2007 y 2013 de 543.876 millones de pesos.”⁵⁰

⁴⁶ Revista Portafolio, Las obras que no se hicieron y tienen en jaque a Electricaribe, 18 de diciembre de 2018, [en línea] [Fecha de consulta 8 de julio de 2020] disponible en: <https://www.portafolio.co/negocios/empresas/las-obras-que-no-se-hicieron-y-tienen-en-jaque-a-electricaribe-524595>

⁴⁷ ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014. Ob. Cit.

⁴⁸ Revista Portafolio, Nación ha girado subsidios a Electricaribe por \$5,6 billones, 21 de octubre de 2018, [en línea] [Fecha de consulta 8 de julio de 2020] disponible en: <https://www.portafolio.co/economia/nacion-ha-girado-subsidios-a-electricaribe-por-5-6-billones-522511>

⁴⁹ ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014. Ob. Cit.

⁵⁰ *Ibídem*.

Otros autores al revisar cifras de utilidades, concluyen que “la prestación del servicio de electricidad en la Región Caribe es un excelente negocio. Con ingresos medios de \$3,2 billones y utilidades brutas del orden de \$620.000 millones al año. Para el caso específico de Electricaribe, se destaca que ha presentado resultados netos positivos en los últimos 6 años, registrando utilidad bruta del orden de \$3,7 billones y utilidad neta de \$330.000 millones.”⁵¹

Como paradoja frente a estas jugosas utilidades, el servicio siempre fue deficiente y el panorama siguió siendo sombrío, tocando fondo en 2016, año en el cual el gobierno colombiano tomaría drásticas medidas.

1.3 LA CRISIS SE AGUDIZA Y OBLIGA LA INTERVENCIÓN DEL GOBIERNO COLOMBIANO (2016)

Para el año 2016 la situación era insostenible, pues según la SSPD, los problemas de continuidad y calidad en la prestación del servicio en el área atendida por Electricaribe habían “provocado graves perturbaciones del orden público en la región Caribe.”⁵² Se registraron “71 eventos de protesta social en el Caribe asociados a la mala prestación del servicio de energía eléctrica para el periodo comprendido entre enero y mayo de 2016. Entre los eventos registrados por el CEPSCA⁵³ se incluyen bloqueos de vías, quema de llantas, marchas, plantones, y algunos casos de alteraciones más graves del orden público como asonadas y disturbios”.⁵⁴

⁵¹ ZULUAGA PARDO, Carlos. 10 mentiras de Electricaribe, Las Dos Orillas, 17 de junio de 2015. Ob. Cit.

⁵² Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.

⁵³ Centro de Estudios Políticos Socioculturales del Caribe.

⁵⁴ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.



Ilustración 5: Protesta ciudadana contra el mal servicio de Electricaribe
Fuente: ARRIETA ARDILA Laura, La Silla Vacía, El fracaso del plan para resolver el problema de Electricaribe, 12 de agosto de 2016.

Frente esta situación, el parlamento colombiano puso su atención en el tema y sectores de diferente concepción ideológica unieron fuerzas para presionar medidas contra Electricaribe. Senadores como Jorge Robledo, mediante carta dirigida al presidente de la República, alertó sobre la gravedad del asunto, señalando lo siguiente:

“Ante el rotundo fracaso de la trasnacional Electricaribe Gas Natural Fenosa para administrar su negocio, fracaso que demuestra su incapacidad para atender como debería a sus clientes, mejorar las redes luego de 16 años de operación y garantizar sus compromisos financieros con los generadores eléctricos –193.514 millones de pesos al 8 de noviembre–, su gobierno debe tomar posesión de la empresa – intervenirla–, para administrarla hasta que supere su crisis o liquidarla, según lo autoriza la Ley 142 de 1994, en sus artículos 58, 59 y 60.”⁵⁵

⁵⁵ Carta del senador Jorge Robledo al presidente Juan Manuel Santos, Bogotá, 11 de noviembre de 2016 Ref. No puede permitirse que Electricaribe apague la Costa.



Ilustración 6: Protesta del partido Conservador contra Electricaribe
Fuente: ARRIETA ARDILA Laura, La Silla Vacía, El fracaso del plan para resolver el problema de Electricaribe, 11 de agosto de 2016.

El contexto de la anterior ilustración con respecto a los letreros que dicen “todos somos Anaid”, se refieren a Anaid Montalvo Álvarez, una niña de siete años que era oxígeno dependiente, por lo que debía usar siempre un respirador artificial. Pero ante los varios apagones en Montería por la lluvia que causaron fallas eléctricas en el aparato, la menor murió.⁵⁶

El mismo Senador Robledo, en otra intervención denunció la existencia de “millones de reclamos, apagones constantes, 524 de personas electrocutadas por presionar un *suiche*, no realización de las inversiones, entre otras cosas, a pesar de que el gobierno le ha transferido 4.5 billones de pesos en subsidios sin que esto haya significado participación alguna en la propiedad accionaria de la empresa.”⁵⁷

⁵⁶ El Espectador, Protestas en Barranquilla contra Electricaribe, 11 de agosto de 2016, [en línea] [Fecha de consulta 26 de abril de 2020] disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/atlantico/protestas-barranquilla-contra-electricaribe-articulo-648686>

⁵⁷ Boletín de Prensa, Senador Jorge Enrique Robledo, Bogotá, 8 de noviembre de 2016, Disponible en <https://jorgerobledo.com/lo-de-electricaribe-es-un-autentico-desastre-robledo/>

Por su parte, los mandatarios locales unieron fuerzas para rechazar el mal servicio. Los gobernadores de los siete departamentos del Caribe y los alcaldes de las ciudades capitales en el mes de abril de 2016 le pidieron al Gobierno que interviniera a la empresa porque no estaba dando garantías para el desarrollo regional. Allí, el entonces gobernador de Bolívar, Dumek Turbay, “manifestó que ‘los términos de espera para esta empresa se acabaron’. El alcalde de Barranquilla, Alejandro Char, manifestó por su parte que ‘nunca antes el Caribe se había unido tanto como en este instante histórico para defender a la región del mal servicio de energía’. En esa ciudad cerca de 600.000 personas se quedaron sin electricidad, lo que ocasionó unas 200 emergencias o reportes, según las autoridades.”⁵⁸

Con esta antesala política y “ante la amenaza constante del colapso financiero de Electricaribe, y el consecuente apagón en la Costa Caribe”⁵⁹, la SSPD empezó los preparativos de una eventual intervención gestionando “la contratación de diversos expertos para contar con su asesoría sobre las medidas preventivas que resultarían viables en el caso de Electricaribe y sobre la eventual procedencia de la toma de posesión.”⁶⁰

La SSPD también “convocó al auditor externo de Electricaribe a una reunión para discutir la realidad operacional de la compañía y de esta forma lograr un entendimiento más cercano sobre los problemas que enfrentaba la prestadora.”⁶¹

Finalmente, según lo narra la misma SSPD, “El 3 de noviembre de 2016 ocurrió un hecho sin precedentes en la crisis de Electricaribe. En esa fecha la Superintendencia recibió una carta suscrita por el presidente de Electricaribe, José García Sanleandro,

⁵⁸ Revista Semana. La crítica situación de Electricaribe, 22 de abril de 2016, [en línea] [Fecha de consulta 30 abril de 2020] disponible en: <https://www.semana.com/economia/articulo/electricaribe-gobernadores-del-caribe-quieren-intervencion/470617>

⁵⁹ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, La Crisis de la Electrificadora del Caribe S.A., diciembre de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe>

⁶⁰ *Ibídem.*

⁶¹ *Ibídem.*

en la que se informaba que la compañía no podía ya cumplir con sus obligaciones financieras. Según el texto de la comunicación citada, ‘a Electricaribe le ha resultado imposible conseguir tanto la garantía bancaria como el flujo de caja necesario para efectuar el depósito en efectivo por la cantidad requerida, que le permitan superar el proceso de limitación de suministro’. En otras palabras, el representante legal principal de Electricaribe estaba reconociendo, por escrito, que la compañía estaba al borde de un incumplimiento irremediable de sus obligaciones que tendría por efecto un racionamiento efectivo de energía para los 10 millones de habitantes de la Costa Caribe colombiana.”⁶²

Con estos antecedentes, el 14 de noviembre de 2016, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expidió una resolución en la cual decidió la toma de posesión de Electricaribe⁶³, es decir, el Estado colombiano intervino a esta empresa encargada de prestar el servicio público de energía eléctrica a toda la región Caribe colombiana.

En resumidas cuentas, la intervención se da por la configuración de dos causales contempladas en la ley 142 de 1994, así:

“ARTÍCULO 59. CAUSALES, MODALIDAD Y DURACIÓN. El Superintendente de servicios públicos podrá tomar posesión de una empresa, en los siguientes casos:

59.1. Cuando la empresa no quiera o no pueda prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, y la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros.

59.7. Si, en forma grave, la empresa ha suspendido o se teme que pueda suspender el pago de sus obligaciones mercantiles.”

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.

La toma de posesión se grafica así:

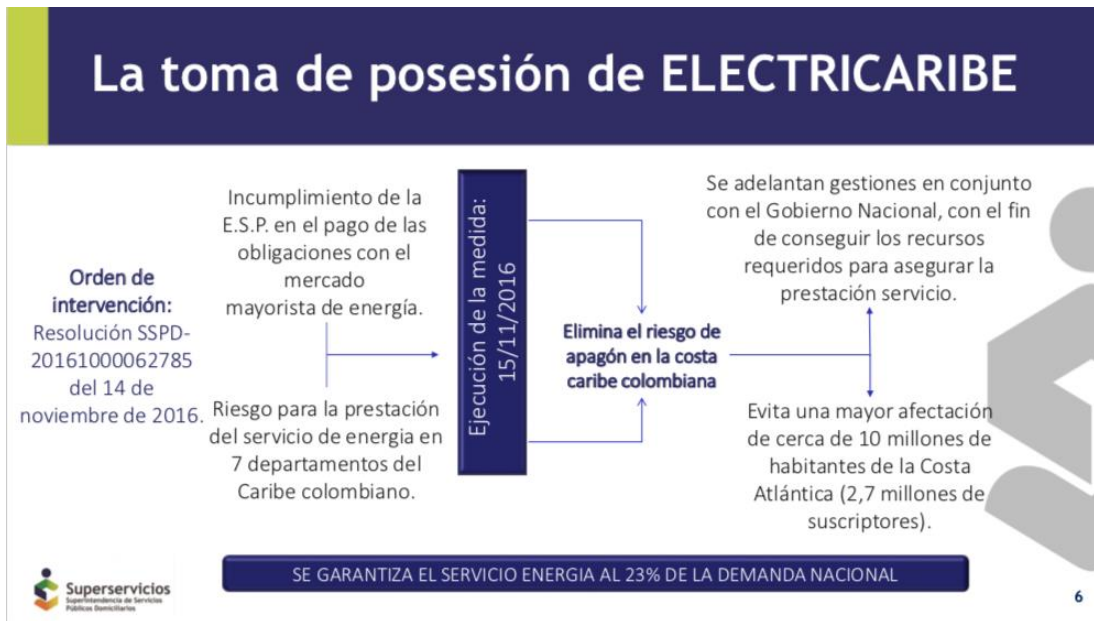


Ilustración 7: La toma de posesión de Electricaribe

Fuente: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, esquema de solución para la prestación del servicio de energía en la región Caribe, Socialización - Cumplimiento del fallo de Acción Popular proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Atlántico, 2019.

Para la SSPD, que por la importancia de la declaración, se cita *in extenso*:

“La intervención de Electricaribe fue inevitable ante el colapso financiero de la compañía. Según la información que sus administradores le entregaron a la Superintendencia, Electricaribe enfrentaba una cesación generalizada de pagos hacia mediados de noviembre de 2016. Esta imposibilidad de cumplir con sus obligaciones era la consecuencia inaplazable del profundo déficit de caja de la compañía, proyectado en más de medio billón de pesos para finales de 2016, aunado a un pasivo externo de \$2.4 billones y deudas pensionales sin fondear que hoy se estiman en alrededor de \$1.2 billones. La crisis financiera de Electricaribe era de tal gravedad que su propio presidente reconoció, por escrito, que a la sociedad le quedaba imposible honrar sus compromisos con el mercado de energía mayorista. Y la más inmediata consecuencia del incumplimiento de tales compromisos se habría producido el 16 de noviembre de 2016: una limitación en el suministro de electricidad—es decir, un racionamiento generalizado de energía—en los departamentos de Atlántico, Bolívar, Cesar, Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre.

De haberse permitido que iniciara esa limitación de suministro, los usuarios residenciales, comerciales e industriales de la Costa Caribe colombiana habrían sufrido perjuicios mayúsculos. La orden de intervención emitida por la Superintendencia de Servicios Públicos llegó apenas a tiempo para ahuyentar definitivamente la amenaza de un apagón en el norte del país.”⁶⁴

Frente a la intervención del gobierno colombiano a Electricaribe, GNF manifestó que “activó hace unos meses el proceso de conversaciones para tratar de resolver de manera negociada la situación de la compañía en el marco del tratado de protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia.”⁶⁵

Lo anterior prueba que desde el primer momento de la intervención, y cuando ni siquiera se había tomado la decisión de liquidar la empresa, la multinacional española se amparó en el TBI Colombia España y dejó de lado si quiera mencionar la defensa jurídica ante la justicia colombiana. Tanto así, que a la fecha no se tiene noticia de demanda ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁶⁶ colombiana, en contra de los actos administrativos de toma de posesión y liquidación.

Posteriormente, el 14 de marzo de 2017, la SSPD, dispuso que la toma de posesión de Electricaribe, era con fines liquidatorios⁶⁷. El argumento se basó en que la empresa “no se encontraba en capacidad de desarrollar su objeto social en las condiciones que la ley y la regulación le exigen, pues todas las proyecciones financieras disponibles a esa fecha, indicaron que Electricaribe, aún bajo el supuesto de toma de posesión,

⁶⁴ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, La Crisis de la Electrificadora del Caribe S.A., diciembre de 2017. Ob. Cit.

⁶⁵ Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 15 de noviembre de 2016, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://prensa.naturgy.com/comunicacion-gas-natural-fenosa-toma-posicion-electricaribe/>

⁶⁶ En respuesta a derecho de petición de fecha 18 de diciembre de 2019, la SSPD el 23 de enero de 2020 manifestó que “a la fecha no existe ninguna acción judicial en contra de los actos administrativos” de toma de posesión y liquidación de Electricaribe.

⁶⁷ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD – 20171000005985 del 14 de marzo de 2017.

tendría al menos en los próximos cinco años, faltantes de caja de tal magnitud que le impedirían atender cumplidamente sus obligaciones mercantiles.”⁶⁸

El entonces Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, José Miguel Mendoza, manifestó que “el Estado colombiano se vio forzado a recibir en intervención a una compañía moribunda. Según los informes más recientes, el 90 por ciento de la red de distribución de Electricaribe está en estado crítico; los cortes de energía de más de 100 horas al año que sufre la Costa doblan el promedio del país; la compañía le debe \$2,4 billones a sus acreedores y tiene un pasivo pensional sin fondear de más de \$700.000 millones.”⁶⁹ Adicionando que la intervención se cumplió un día antes de que comenzara un racionamiento generalizado de energía en la Costa Caribe, cuando ya los usuarios de Electricaribe habían padecido “alrededor de 96 horas de interrupciones en el servicio de energía eléctrica para el año 2016.”⁷⁰

De lo anterior se deduce que la actuación de Colombia fue muy cautelosa, llevando hasta el límite el tiempo de espera, pues solo cuando era inminente e irreversible el descalabro de Electricaribe y el apagón, vino a actuar. Lo que evidencia que ese proceder prudente fue producto de intentar evitar el pleito internacional que se sabía que venía si se tomaba la decisión de intervenir.

Lo anterior se conoce como “*chilling effect*” o “*regularoty chill*”⁷¹. Efecto enfriamiento de las políticas públicas en la regulación de sectores donde estas

⁶⁸ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ACTA DE INFORME DE GESTIÓN, Ruty Paola Ortiz Jara Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, del 15 de enero de 2018 al 3 de agosto de 2018, La Crisis de la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. – Electricaribe, Una Hoja de Ruta para la Solución Estructural, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe>

⁶⁹ MENDOZA, José Miguel. ¿Inseguridad jurídica? Portafolio, Bogotá, 21 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <HTTPS://M.PORTAFOLIO.CO/OPINION/OTROS-COLUMNISTAS-1/INSEGURIDAD-JURIDICA-JOSE-MIGUEL-MENDOZA-22-DE-MARZO-DE-2017-504315>

⁷⁰ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. La Crisis de la Electrificadora del Caribe S.A., diciembre de 2017. Ob. Cit.

⁷¹ SEGRERA, Ayala Yira y ORTIZ Torres Meylin, Implicaciones del TLC Colombia Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del *ius constitutionale commune* en América Latina, El

empresas actúan o “efecto disuasivo para legislar en interés público”,⁷² concepto que se desarrollará en el capítulo quinto.

1.4 LA DEMANDA DE GAS NATURAL FENOSA CONTRA COLOMBIA Y LA CONTRADEMANDA DE COLOMBIA (2017)

Ante esta serie de hechos GNF en su calidad de propietaria de Electricaribe, con el 85 % de las acciones⁷³, mediante las compañías Gas Natural SDG S.A. y Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia S.L., instauró en marzo de 2017, una demanda en contra del Estado colombiano, por la decisión de la Superintendencia de intervenir y posteriormente resolver que la toma de posesión tenía fines de liquidar a Electricaribe.

Según GNF el objetivo de la demanda es “que se le devuelva la compañía con un marco regulatorio viable y, en su defecto, se le compense por un importe que se cuantificará en el curso del procedimiento, pero que, en base a valoraciones preliminares, superará los USD \$ 1.000 millones de dólares.”⁷⁴

constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 348, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

⁷² GONGORA MERA, Manuel, El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

⁷³ PRIETO-RIOS, Enrique, URUEÑA, René. Lo que hay que saber de la demanda contra Colombia por Electricaribe, Razón Publica, 26 de marzo de 2017 [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/10133-lo-que-hay-que-saber-de-la-demanda-contra-colombia-por-electricaribe.html>

⁷⁴ Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 22 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://prensa.naturgy.com/gas-natural-fenosa-ha-solicitado-hoy-el-inicio-del-procedimiento-arbitral-para-que-se-le-devuelva-la-sociedad-colombiana-electricaribe/>

La multinacional española señala que la medida tomada por Colombia “se alza, entre otros, contra la ausencia de trato equitativo y de seguridad jurídica en la actividad regulada en los últimos años; contra la toma de posesión que constituye una expropiación sin indemnización; y contra el hostigamiento sobre un inversor internacional y las personas a su servicio.”⁷⁵

Las pretensiones de la demanda son las siguientes:

- a) “Declarar que la República de Colombia violó los artículos 2 (3), 3 y 4 del APPRI entre Colombia y España;
- b) Ordenar a la República de Colombia:
 - (I) Compensar integralmente a los reclamantes por todos los perjuicios sufridos como resultado de las violaciones del APPRI, y en particular:
 - 1. Pagar los daños equivalentes al precio justo de mercado de la participación de los reclamantes de Electricaribe al 13 de noviembre de 2016;
 - 2. Pagar los daños equivalentes al monto adeuda a Electricaribe al 13 de noviembre de 2016 por: i) la deuda de los barrios Subnormales; ii) la deuda de las entidades públicas; y los subsidios no pagados.
 - 3. Pagar los daños equivalentes al monto adeudado a los reclamantes al 13 de noviembre de 2016 por el préstamo realizado por un tercero, garantizado por el Estado;
 - 4. Pagar los intereses generados con anterioridad al laudo respecto a los ítems 1-3 a una tasa equivalente al costo de deuda de una compañía de electricidad en Colombia al 13 de noviembre de 2016, compuesto anualmente.
 - (II) Pagar, como una indemnización integral, todos los costos y gastos de este arbitraje incluyendo sin limitación, los honorarios y gastos de:
 - 1. Los miembros del tribunal;

⁷⁵ *Ibíd.*

2. El CIADI y la PCA;
 3. Los costos administrativos de las audiencias;
 4. Cualquier experto o consultor designado por los reclamantes (o por el tribunal);
 5. La representación legal de los reclamantes.
- (III) Pagar los intereses post-laudo a una tasa equivalente al costo de deuda para una compañía del sector eléctrico en Colombia al 13 de noviembre de 2018 más de un 2% adicional compuesto anualmente desde el día del laudo hasta que se realice la totalidad del pago.

La estimación de los daños realizada por los reclamantes al 15 de junio de 2018 corresponde a US\$1.625.000.000 aproximadamente.”⁷⁶

El Superintendente colombiano que tomó la decisión respondió diciendo que “Estamos convencidos de que hemos tomado decisiones absolutamente técnicas y que podremos defender la intervención y liquidación ante cualquier instancia internacional”.⁷⁷

Por su parte, la entonces Ministra de Comercio María Claudia Lacouture manifestó que Colombia “niega una indemnización compensatoria a la eléctrica española porque no se le ha causado ningún daño y no se trata de una expropiación, sino un proceso de liquidación por su incapacidad para prestar el servicio”.⁷⁸

⁷⁶ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en respuesta a derecho de petición radicado No. 20188001459892, no especifica si el valor suministrado incluye o no los intereses y gastos del tribunal de arbitramento.

⁷⁷ Liquidación de Electricaribe sigue adelante: Mendoza, El Heraldo, Barranquilla, 23 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.elheraldo.co/barranquilla/liquidacion-de-electricaribe-sigue-adelante-mendoza-339614>

⁷⁸ LACOUTURE, María Claudia: “España tiene 30 arbitrajes y es buen destino de inversión. El Mundo, 23 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.elmundo.es/economia/2017/03/23/58d2d9cc46163fbb5d8b45e4.html>

Posteriormente, Colombia presentó en diciembre de 2018 una contrademanda hacia GNF para reclamar los perjuicios ocasionados al país, que se dieron como consecuencia, según Colombia, de la pésima gestión de Electricaribe. Esta contrademanda fue anunciada por la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y se funda en lo siguiente:

i) Colombia ha tenido que destinar una gran suma de dinero a Electricaribe a causa de la intervención para garantizar la prestación del servicio de energía eléctrica en la costa Caribe; ii) El mal servicio de Electricaribe bajo la administración de GNF impactó negativamente la industria y desarrollo de la Región, lo que llevó a una menor productividad y menor pago de impuestos; iii) Colombia recibió menos recursos por concepto de impuestos que debía pagar Electricaribe si hubiera sido bien administrada; iv) La administración de GNF en Electricaribe desvalorizó la participación estatal en la empresa. Ello recordando que La Nación es propietaria del 6.56% de las acciones de Electricaribe, que vienen perdiendo valor en la medida que la empresa se desvaloriza. Es así como el valor estimado de la reclamación de Colombia se aproxima a los 1,7 billones de pesos, incluyendo intereses.⁷⁹

Frente a estos hechos, vale la pena revisar que tanto eco pueden tener las contrademandas al interior del CIADI, ante lo cual, como caso emblemático, se tiene Burlington Resources Inc. Contra Ecuador⁸⁰, en donde el CIADI condenó por aproximadamente 40 millones de dólares al inversor extranjero por daños a Ecuador. Esta cifra corresponde a los costos de recuperar el medio ambiente en un área afectada por la inversión. Esto demuestra que una reconversión estatal en el arbitraje de inversiones es posible bajo Convenio del CIADI, sin embargo, “su ocurrencia en

⁷⁹ Comunicado de prensa No. 19 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Agencia enfrenta con sólida estrategia de defensa casos América Móvil y Gas Natural Fenosa, Bogotá, 17 de diciembre de 2019, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/171219.aspx>

⁸⁰ Laudo Arbitral, Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones CIADI. Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador (Caso CIADI No. ARB / 08/5) con fecha de 7 febrero 2017.

la práctica ha sido limitada debido al requisito de que las reconvencciones deben estar dentro del alcance del consentimiento de las partes para el arbitraje del CIADI.”⁸¹

Para dirimir el pleito GNF contra Colombia, los árbitros son: Stephen L. DRYMER⁸² canadiense, Eric SCHWARTZ⁸³ francés, EE. UU., nombrado por el demandante y Alexis MOURRE⁸⁴ francés, nombrado por la demandada⁸⁵.

A principios del mes de diciembre de 2019 se llevó a cabo una audiencia en el tribunal que según la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado se desarrolló así:

“Durante la audiencia el equipo de defensa de Colombia se concentró en demostrar que Electricaribe se encontraba en una precaria situación financiera, que le impedía prestar el servicio de energía eléctrica en los 7 departamentos de la Costa Caribe. Colombia demostró que fue necesario intervenir a Electricaribe, para garantizar el suministro de electricidad en la Región Caribe y prevenir que se desarrollara una crisis financiera en el sector de energía eléctrica en Colombia.

La intervención de Electricaribe no fue un acto político y no constituye una expropiación, como alega Gas Natural.”⁸⁶

⁸¹ BEREGOI Andrian. Contrademanda estatal en arbitraje de inversiones, 22 de enero de 2018, [en línea] [Fecha de consulta 27 abril 2020] disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/state-counterclaim-investment-arbitration/>

⁸² Es un reputado abogado y árbitro internacional que, ha formado parte de tribunales como el de Burlington vs. Ecuador contra Ciadi. Actualmente es socio y director del área de Arbitraje Internacional de la firma, también canadiense, Woods LLP: <https://ciarglobal.com/canadiense-stephen-drymer-presidente-del-tribunal-del-arbitraje-gas-natural-colombia/>

⁸³ Es un abogado de arbitraje internacional estadounidense y francés que en la actualidad ejerce de forma independiente como árbitro internacional. Hasta diciembre de 2016, fue socio principal en el grupo de práctica de arbitraje internacional de King & Spalding en Nueva York y París. Entre 1992 y 1996, se desempeñó como Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CPI, de la que posteriormente fue miembro y vicepresidente. Ha actuado como abogado o árbitro en más de 100 arbitrajes internacionales en todo el mundo a lo largo de cuatro décadas. <http://schwartzarbitration.com>

⁸⁴ Es un practicante distinguido con una gran experiencia como árbitro y abogado. Es presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CPI y ex presidente del comité de arbitraje de la IBA. Ha participado como abogado o árbitro en más de 260 procedimientos de arbitraje bajo la mayoría de las reglas de arbitraje internacional, y el 1 de mayo de 2015 estableció su práctica de árbitro independiente. <http://www.clarbitraje.com/v2/?p=6153>

⁸⁵ Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones CIADI <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/pendingCases.aspx?status=p>

De esta manera, se contextualiza la relación entre el Estado colombiano y la multinacional española GNF hoy Naturgy. No obstante, se debe señalar, tal y como se manifestó en la introducción, que la presente investigación se encuentra limitada, por la dificultad de acceder a la información de primera mano del caso, pues se trata de un asunto en curso, en el que no se han tomado decisiones de fondo por parte del tribunal.

1.5 LA SITUACIÓN ACTUAL (2019 - 2020)

Si bien este punto es ajeno al objeto central de la investigación que se desarrolla, se comentan algunos hechos que sirven de referencia con respecto al estado actual de la controversia.

Posterior a la intervención, y al margen del pleito arbitral, una vez el gobierno colombiano asumió el control de Electricaribe, se tomaron una serie de decisiones, entre ellas la de adjudicar por subasta las acciones y activos de Electricaribe, es decir, se buscó, “operadores – inversionistas para garantizar la prestación del servicio de energía y el mejoramiento de la infraestructura eléctrica en la región Caribe. Esto como parte del esquema de solución definido en el proceso de intervención de Electricaribe y su posterior liquidación.”⁸⁷

EPM se quedó con el segmento conocido como Caribe Mar que cubre a 1.51 millones de clientes en los departamentos de Bolívar, Sucre, Córdoba y Cesar. De otra parte,

⁸⁶ Comunicado de prensa No. 19 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, Agencia enfrenta con sólida estrategia de defensa casos América Móvil y Gas Natural Fenosa, Bogotá, 17 de diciembre de 2019, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/171219.aspx>

⁸⁷ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, EPM y Consorcio Energía de la Costa operarán servicio de energía eléctrica en la región Caribe, anuncia Superservicios, 20 de marzo de 2020, [en línea] [Fecha de consulta 30 abril 2020] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/sala-de-prensa/comunicados/epm-y-consorcio-energia-de-la-costa-operaran-servicio-de-energia>

El Consorcio Energía de la Costa ganó el segmento denominado Caribe Sol con 1.21 millones de clientes en los departamentos de Atlántico, Magdalena y la Guajira⁸⁸

En cuanto a los montos de inversión, se exige en que en cinco años estos asciendan “a \$3.2 billones para Caribe Mar y \$2.6 billones para Caribe Sol. La proyección a 10 años es de \$5.0 billones para Caribe Mar y \$3.7 billones para Caribe Sol.”⁸⁹

Otra decisión que tomó el gobierno a través del Plan Nacional de Desarrollo fue la de asumir el pasivo pensional de Electricaribe, calculado en la suma de \$1,2 billones, mediante diversas fuentes de fondeo. También, se tomó la decisión de incorporar un cambio en la estructura tarifaria, entre otras medidas⁹⁰. Estos aspectos y el de los nuevos operadores escapan al objeto de esta investigación, por lo tanto, solo se dejan planteados como punto de referencia informativo.

A continuación, se verán otros casos en donde GNF ha demandado a estados ante el CIADI, lo que evidencia que su proceder es sistemático y premeditado.

1.6 EL *MODUS OPERANDI* DE GAS NATURAL FENOSA EN EL MUNDO

A manera de referencia sobre la forma de operar de esta empresa alrededor del mundo, se tienen dos demandas, una en contra de Argentina⁹¹, que fue retirada⁹² y otra en contra de Egipto, en donde GNF propietaria del 50% de la planta egipcia de Damietta, presentó demanda, alegando que dicha planta dejó de funcionar tras la

⁸⁸ *Ibíd*em

⁸⁹ *Ibíd*em

⁹⁰ ACOSTA Amylkar. El plan de salvamento de Electricaribe, La República, 8 de junio de 2019 [en línea] [Fecha de consulta 30 abril 2020] disponible en: <https://www.larepublica.co/analisis/amytkar-d-acosta-m-557896/el-plan-de-salvamento-de-electricaribe-2871539>

⁹¹ Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones CIADI. Gas Natural SDG S.A. (Spanish) V. Argentine Republic: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/03/10>

⁹² El País, Gas Natural retira la demanda contra Argentina por ruptura de contrato , 14 de marzo de 2005, [en línea] [Fecha de consulta 26 abril 2020] disponible en: https://elpais.com/diario/2005/03/15/economia/1110841210_850215.html

crisis política producto de la revuelta popular en el año 2011 en contra del entonces presidente Hosni Mubarak.

El 31 de agosto de 2018 se emitió laudo arbitral en el CIADI contra de la República Árabe de Egipto en donde según el tribunal se probó la falta de suministro a las instalaciones de licuefacción de UFG en Damietta. La condena asciende a los 2.013 millones de dólares.⁹³

El punto central de la discusión fue el incumplimiento de las obligaciones de Egipto concernientes a los estándares de trato justo y equitativo contenido en “el Artículo 4 (1) del Tratado, con respecto a algunas de sus reclamaciones hechas en referencia a la empresa de la Demandada por la carta de su Ministerio de Petróleo fechada el 5 de agosto de 2000.”⁹⁴

En este caso no se alegó expropiación y los hechos distan de ser similares al caso Electricaribe, por lo tanto, es poco útil a este estudio. Además, el argumento de violación a los estándares de trato justo y equitativo generan menor resistencia cuando se habla de países con constante inestabilidad política, pues ello habitualmente desemboca en actuaciones cuestionables de las autoridades públicas. En la actualidad el laudo es objeto del recurso de anulación.

Lo anterior permite deducir que ante el buen resultado que ya tuvo GNF en otro pleito en contra de un país en vía de desarrollo, es comprensible que para el caso colombiano hayan acudido de inmediato a los tribunales internacionales, sin siquiera agotar los recursos ante la justicia local⁹⁵, pues ya han tenido éxito en este tipo de pleitos en los foros internacionales.

⁹³ Laudo Arbitral CIADI, Caso No. ARB/14/4, Unión Fenosa Gas, S.A. contra la República Árabe de Egipto, 31 de agosto de 2018.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ En respuesta a derecho de petición de fecha 18 de diciembre de 2019, la SSPD el 23 de enero de 2020 manifestó que “a la fecha no existe ninguna acción judicial en contra de los actos administrativos” de toma de posesión y liquidación de Electricaribe.

1.7 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

El caso Electricaribe es producto de una crisis de vieja data, continua e ininterrumpida del desarrollo de la prestación del servicio público de energía eléctrica en la costa Caribe colombiana.

GNF incumplió con sus obligaciones legales, configurando plenamente las causales de intervención contempladas en la ley 142 de 1994, al no poder prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, lo cual afectó el orden público y el orden económico, todo ello en perjuicio de los usuarios y de terceros acreedores. Además la misma empresa reconoció la imposibilidad de honrar sus compromisos comerciales, pues aceptaron la cesación de pagos de sus obligaciones mercantiles.

En cuanto a las inversiones, GNF durante su administración no hizo las mejoras en redes e infraestructura necesarias. Esto se demuestra con las claras cifras expuestas, que llevan a deducir que el mal servicio fue producto de las pobres inversiones. El año 2016 fue el año en el que se realizaron menores inversiones, “Desde 2013 la tendencia de las inversiones realizadas por Electricaribe es claramente descendente, afectando la calidad del servicio.”⁹⁶

Con este capítulo se concluye también que la facultad que tienen los Estados de ejercer el poder de policía, en la actualidad se encuentra seriamente amenazada. A raíz de esto, las multinacionales ejercen una presión soterrada o invisible que da como resultado un Estado con excesiva cautela y prudencia para intervenir y regular, lo cual queda de lado solo en situaciones de urgencia extrema como fue en este caso un apagón inminente.

⁹⁶ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, La Crisis de la Electrificadora del Caribe S.A., diciembre de 2017. Ob. Cit. p. 41

La mencionada cautela se conoce en la doctrina internacional como el efecto de enfriamiento regulatorio que entra en tensión con el derecho a regular que despliegan los Estados. Este concepto, también llamado “*chilling effect*” o “*regularoty chill*”⁹⁷ genera un efecto disuasivo para legislar en interés público”,⁹⁸ lo que convierte a GNF en cierta medida en un actor político, pues indirectamente ejerce una presión que puede influir en las decisiones del Estado. Sobre este concepto se ahondará en el capítulo quinto.

Finalmente, vale la pena revisar de manera depurada algunas cifras que a lo largo del capítulo se revelaron, pues con su simple inspección se concluye que demandar al Estado receptor de la inversión es un escenario magnífico para empresas como GNF. Estas son las cifras:

- i) US\$1.625.000.000 Pretensiones de la demanda a 15 de junio de 2018”⁹⁹
- ii) US\$450.000.000 precio que paga GNF por comprar a Electricaribe en el año 2000.”¹⁰⁰
- iii) €255.000.000 Inversión que GNF afirma hizo en Electricaribe entre 2011 y 2015.”¹⁰¹

⁹⁷ SEGRERA AYALA, Yira y ORTIZ TORRES, Meylin. Implicaciones del TLC Colombia Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del *ius constitutionale commune* en América Latina, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 348, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

⁹⁸ GONGORA MERA, Manuel. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

⁹⁹ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en respuesta a derecho de petición radicado No. 20188001459892, no especifica si el valor suministrado incluye o no los intereses y gastos del tribunal de arbitramento.

¹⁰⁰ ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014. Ob. Cit.

- iv) COP\$586.996.000.000¹⁰² Inversión del Estado Colombiano en Electricaribe entre 2008 y 2012.
- v) Incremento de las tarifas: entre los años 2008 y 2012 los precios se incrementaron 35%. Lo anterior se agravó cuando en el mes de junio de 2014, el Gobierno Nacional aprobó un fuerte aumento del 10,9%.¹⁰³

Solo con estas cifras, que si bien se expresan en diferente tipo de moneda, se puede concluir que el negocio de demandar es formidable. Pues si se suma el costo que GNF pagó por Electricaribe, mas cinco años de su inversión en cifras suministradas por GNF, dicho valor apenas sobrepasa la mitad de las pretensiones de la demanda, es decir, GNF pretende, además de las utilidades que ya ganó a lo largo de los años de operación en Colombia, salvar el negocio completamente.

Dicho lo anterior, es necesario revisar el marco jurídico que le permitió a GNF instaurar una demanda de esta envergadura en contra de Colombia, por lo que en el siguiente capítulo se abordará ese sistema de justicia, encargado hoy de dirimir este pleito.

¹⁰¹ Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 22 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://prensa.naturgy.com/gas-natural-fenosa-ha-solicitado-hoy-el-inicio-del-procedimiento-arbitral-para-que-se-le-devuelva-la-sociedad-colombiana-electricaribe/>

¹⁰² ALARCÓN RODAS, Norman, La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014. Ob. Cit.

¹⁰³ *Ibíd.*

CAPÍTULO II. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN COLOMBIA. EL TRIBUNAL QUE RESOLVERÁ EL CASO ELCTRICARIBE Y SUS CUESTIONAMIENTOS

Con el presente capítulo se pretende demostrar que el panel que resolverá el caso Electricaribe viene sumido en una seria crisis institucional por cuestionamientos a su imparcialidad, para ello, antes se revisará de manera descriptiva, como se regula el arbitraje internacional de inversión en Colombia.

2.1 CONTEXTO GENERAL

Alrededor del mundo, se ha venido abriendo campo la figura de la inversión extranjera que se perfecciona mediante tratados de libre comercio (TLC), acuerdos internacionales de inversión (AII) o acuerdos para la promoción y protección recíproca de Inversiones (APPRI), también conocidos como tratados bilaterales de inversión (TBI). Estos instrumentos tienen rango de tratados internacionales que se celebran entre Estados, con el fin de que el empresario extranjero invierta su dinero en el llamado Estado receptor de la inversión.

El número de acuerdos internacionales de inversión es de 3.317 (2.932 tratados bilaterales y 385 tratados con disposiciones sobre inversiones). A final del año 2018, estaban vigentes al menos 2.658 acuerdos internacionales de inversión¹⁰⁴

Según el TBI Colombia – España “por inversiones se denomina todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte

¹⁰⁴ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2019 [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo/>.

Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta Última.”¹⁰⁵

La intención oficial de estos tratados de inversión es la de concebir “un marco jurídico para la IED creando un ambiente de protección, transparencia, seguridad y previsibilidad para los inversionistas extranjeros”.¹⁰⁶

Siendo el TBI celebrado entre Colombia y España, el eje principal de esta investigación, este capítulo se centrará en este tipo de acuerdos, comenzando por su definición y tipo de clausulado de manera general.

Se tiene entonces que los TBI son acuerdos celebrados por escrito entre Estados y están regidos, como viene dicho, por el Derecho Internacional. Estos tratados contienen un compendio de normas vinculantes para Estados partes del tratado, siendo beneficiarios directos los inversores de uno u otro Estado parte, generando obligaciones para los Estados y derechos para los inversores.¹⁰⁷

Los TBI enuncian en su clausulado una diversidad de mecanismos de protección al inversor,¹⁰⁸ siendo uno de ellos las cláusulas compromisorias para la resolución de conflictos entre el Estado que recibe la inversión y el extranjero inversionista.

¹⁰⁵ Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Reciproca de Inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006, artículo 1, numeral 2.

¹⁰⁶ CASTRO PEÑA, María Natalia. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado N° 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017 [en línea] [fecha de consulta: 30 de agosto de 2018] doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02> p. 2

¹⁰⁷ GRANATO, Leonardo, NAHUEL ODDONE, Carlos. Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis? Revista Universidad EAFIT, Vol. 43. No. 148. 2007. P. 31.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p 37. En su gran mayoría contienen cláusulas de trato justo y equitativo, trato no discriminatorio, trato de la Nación más favorecida, trato nacional, cláusula paraguas, cláusula sobre riesgos políticos, cláusula de estabilización, cláusulas libre transferencia de divisas, cláusulas que prohíben los requisitos de desempeño, cláusula de subrogación, cláusula medioambiental y laboral, entre otras.

En el marco de estos instrumentos un inversionista puede demandar directamente al Estado colombiano ante un tribunal internacional cuando considere que ha sido objeto de una violación a los estándares de protección pactados. “Bajo el principio de reciprocidad, esta misma opción se garantiza a los inversionistas nacionales en el exterior.”¹⁰⁹

A la fecha Colombia cuenta con quince¹¹⁰ acuerdos internacionales de inversión (AII) vigentes, entre tratados bilaterales de inversión (TBI o APPRI) y tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión. Además, se tiene el TLC con Israel aprobado por la ley 1847 de 2017 y el TBI con Francia, aprobado por la ley 1840 de 2017, los cuales ya pasaron el control de constitucionalidad.¹¹¹

Todos estos tratados pactaron como mecanismo de solución de conflictos y controversias entre Inversionista – Estado, la posibilidad de instaurar demandas ante tribunales de arbitraje internacional.

2.2 MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN COLOMBIA

El Estado colombiano al aprobar estos acuerdos, viene creando el marco jurídico del arbitraje de inversión en Colombia. Es claro que en Colombia, el arbitraje de

¹⁰⁹ Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3684 de 2010: Fortalecimiento de la estrategia del Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión [fecha de consulta: 17 de febrero de 2017]. disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3816.pdf> p. 4

¹¹⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD [en línea] [fecha de consulta: 18 de abril 2018] Disponible en: <https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>. En tratándose de Tratados de Libre Comercio se tiene: Colombia - Costa Rica TLC (2016); Colombia – República de Corea TLC (2016); Colombia - Ecuador – Unión Europea – Perú TLC (2013); Colombia- EFTA (Islandia, Principado de Liechtenstein, El Reino de Noruega y la Confederación Suiza) TLC (2011); Canadá-Colombia TLC (2011); Chile-Colombia TLC (2006); Colombia- Estados Unidos TLC (2012); Colombia-México-Venezuela TLC (1995). En cuanto a Tratados Bilaterales de Promoción de la Inversión APPRI o TBI: China - Colombia TBI (2013); Colombia - India TBI (2012); Colombia - Japón TBI (2015); Colombia - Perú TBI (2010); Colombia - España TBI (2007); Colombia – Suiza TBI (2009); Colombia -Reino Unido TBI (2014)

¹¹¹ Corte Constitucional, sentencias C–252 de 2019 y C–254 de 2019.

inversión está plenamente aceptado y regulado en cada uno de los tratados de los que hace parte.

Además, Colombia cuenta con la Ley 267 de 1996, por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965¹¹². Este tratado crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, entidad adscrita al Banco Mundial.

Internamente no existe unanimidad en el espectro político y jurídico a la hora de aprobar estos tratados pues en el legislativo existe una minoría que se opone a ellos. También se tienen los salvamentos de voto de algunos Magistrados de la Corte Constitucional que, en su momento se opusieron a los tribunales de arbitraje que se pactan en esos acuerdos. Ellos elevan su inconformidad aduciendo que el Estado colombiano tolera que un inversionista extranjero pueda libremente elegir si se somete o no a su jurisdicción. Manifiestan también que Colombia no puede aceptar “someterse a instancias arbitrales internacionales, desconociendo de esta forma el principio de soberanía estatal, consagrado en el artículo nueve Superior.”¹¹³

A pesar de lo dicho en sentencias como la citada, la política del ejecutivo colombiano es seguir negociando este tipo de tratados y frente a la proliferación¹¹⁴ de demandas internacionales, en ejercicio de estas cláusulas de resolución de controversias, el Estado colombiano ha regulado internamente el asunto. Así, se tiene como punto de

¹¹² Colombia, Congreso de la República, Ley 267 de 1996, Diario Oficial No. 42.704, de 30 de enero de 1996, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

¹¹³ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-309/07 del 3 de mayo de 2007, Salvamento de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

¹¹⁴ ZABALO, Patxi. América Latina ante las demandas inversor-Estado. Revista de Economía Mundial, 2012, (mayo-agosto) P. 263 y 264. “Hasta 1995 solo se habían interpuesto 6 demandas, la primera de ellas en 1987, y desde 1996 hasta el fin de 2009 se han presentado 351. Además, la inmensa mayoría corresponden al siglo XXI, ya que el 85% de las 357 demandas recogidas en la base de datos de la UNCTAD se interpusieron entre 2001 y 2009”

partida la mentada ley 267 de 1996, y se desarrolla el tema con otras normas¹¹⁵ que otorgan competencias y facultades a varias de sus entidades, para enfrentar este fenómeno.

De manera adicional, en la actualidad existe un proyecto de decreto “Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la Atención de Controversias Internacionales de Inversión”¹¹⁶ y un Modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones que se usa como punto de partida para negociar este tipo de tratados internacionales. En este modelo está plasmada la visión de Colombia sobre estos tratados”¹¹⁷

Con este repertorio de normas, el Estado colombiano afronta institucionalmente las demandas ante tribunales internacionales de arbitraje de inversión.

¹¹⁵ Al respecto véase: i) Documento CONPES 3684 de 2010, de fortalecimiento de la estrategia del Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión. En este documento fija la política pública de atención a las controversias derivadas de estos acuerdos. ii) Ley 1450 de 2011, artículo 235, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014. iii) El Decreto-Ley 4085 de 2011, por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Señalando como una de las funciones apoyar al Ministerio de Comercio en estas controversias internacionales. iv) Decreto 1859 de 2012, por el cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión. v) Decreto 1939 de 2013 por el cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se deroga el Decreto número 1859 de 2012; Arts. 3o., 6o., 7o., 8o., 10, 12. vi) Resolución 305 de 2014, por la cual se establece el procedimiento para la atención de las controversias internacionales de inversión y se reglamenta el Decreto número 1939 de 2013; Arts. 6o., 7o., 8o., 9o., 10, 11, 13, 15 Par., 16, 20 Par. 1o., 21, 22 Par., 23, 25. Se crea la Instancia de Alto Nivel de Gobierno para la atención de controversias de inversión y el procedimiento para atender este tipo de reclamos. vii) Directiva Presidencial N° 2 del 27 de abril de 2016: Atención Controversias Internacionales de Inversión. viii) Decreto 915 de 2017 por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. En esta norma le otorga la facultad a la Agencia de coordinar o asumir la defensa del Estado es este tipo de controversias.

¹¹⁶ Colombia, Ministerio de Justicia y del Derecho, proyecto de Decreto por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la Atención de Controversias Internacionales de Inversión, se crea un Capítulo en el Título 3 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, y se dictan otras disposiciones. [en línea] [fecha de consulta: 30 de agosto de 2018] disponible en: <http://www.minjusticia.gov.co/ProyectosdeDecretoyAgendaRegulatoria/tabid/924/Default.aspx?QuestionID=458&AFMID=4330>

¹¹⁷ Colombia, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Consulta pública BIT modelo colombiano, SF, [en línea] [fecha de consulta: 5 de julio de 2020], disponible en: <https://www.mincit.gov.co/temas-interes/consulta-publica-bit-modelo-colombiano>

2.3 TRIBUNALES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN CON JURISDICCIÓN EN CASOS DEL ESTADO COLOMBIANO. TRIBUNAL CASO ELECTRICARIBE

Existen tres tipos de tribunal arbitral ante el que se puede presentar la demanda: i) el Centro Internacional de Arreglo de Controversias relativas a Inversión (CIADI), órgano del Grupo del Banco Mundial; ii) Arbitrajes ad-hoc, este tipo de arbitraje se lleva a cabo sin que medie un centro que administre el arbitraje. Aplica reglas de procedimiento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral); iii) Centros de Arbitraje del orden internacional como la Cámara de Comercio Internacional o la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya.¹¹⁸ En la actualidad los pleitos iniciados contra Colombia vienen siendo dirimidos en su gran mayoría por las reglas del arbitraje del convenio CIADI, suscrito por el Estado colombiano en el año 1993, pero aprobado en 1996 con la Ley 267. “Esa tardía ratificación sumado al acto legislativo 01/99, que reformó la expropiación sin indemnización por razones de equidad, hizo que Colombia se tomará más tiempo para entrar en la celebración de acuerdos internacionales de promoción y protección de la inversión en comparación con otros países.”¹¹⁹

Para el caso estudiado, GNF contra Colombia, se viene dirimiendo bajo las reglas del arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹²⁰ (CNUDMI) pero en el CIADI. Esto, en razón a que el artículo décimo del Acuerdo de Inversiones entre Colombia y España así lo establece. En otras palabras, el proceso Electricaribe cursa en el CIADI, pero se le aplica la Ley

¹¹⁸ Colombia, Ministerio de Comercio Industria y Turismo, Estado colombiano y controversias internacionales de inversión, Bogotá, 4 de abril del 2016, [en línea] [fecha de consulta: 30 de agosto de 2018], disponible en: http://www.mincit.gov.co/publicaciones/imprimir/36241/Estado_colombiano_y_controversias_internacionales_de_inversion

¹¹⁹ GIL BOTERO, Enrique. Principales Aspectos Procesales del Arbitraje Inversionista-Estado, Boletín del Colegio de Registradores de España, año LIII, No. 59, Estudios y Colaboraciones, 2 de noviembre de 2018, p. 2476.

¹²⁰ Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), modificada en la 64ª Sesión Plenaria de 4 de diciembre de 2006

Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, modificada en el año 2006. Esta ley es aceptada por Colombia hasta el punto de haber promulgado legislación interna basada en ella.¹²¹

2.4 LOS CUESTIONAMIENTOS AL CIADI

A lo largo de los años el CIADI viene siendo cuestionado y su reputación viene en franco descenso. Como se verá, un alto porcentaje de conflictos resueltos por el CIADI favorecen al inversionista¹²², en detrimento del Estado receptor de la inversión, que por lo general es un país en vía de desarrollo que se ve obligado a pagar millonarias condenas.

En efecto, el CIADI ha hecho crisis. En la actualidad enfrenta problemas de grueso calado como el cuestionamiento a la independencia de sus árbitros, calificándose como “una industria de servicio en la que solo los inversionistas, que son firmas multinacionales, tienen la facultad de activar un sistema asimétrico demandando a los Estados el pago de millonarias indemnizaciones por la violación de las garantías de su inversión”¹²³. De los 152 procesos donde hubo una resolución del caso (sumando

¹²¹ Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Civil, sentencia SC9909-2017, Radicación N° 11001-02-03-000-2014-01927-00, Bogotá, D.C., 12 de julio de 2017. “Con ocasión de la adopción de la ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), modificada en la 64ª Sesión Plenaria de 4 de diciembre de 2006, se creó la necesidad de armonizar las disposiciones locales con los estándares foráneos, lo que dio origen a la ley 1563, también denominada Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”

¹²² “De las 357 demandas inversor-estado presentadas al arbitraje internacional al amparo de un acuerdo internacional sobre inversiones hasta el fin de 2009, 166 disputas han concluido: 62 casos se han resuelto a favor del estado demandado y 49 a favor del inversor demandante. En otros 55 casos el procedimiento de arbitraje se detuvo porque las partes habían alcanzado un acuerdo. Del resto se sabe que 165 demandas están pendientes de resolución, mientras que en 26 casos su situación es desconocida (UNCTAD, 2010a: 3), lo que da una idea de hasta dónde llega la falta de transparencia de estos procesos.” ZABALO, Patxi. América Latina ante las Demandas Inversor-Estado. Ob. Cit. p. 267

¹²³ CERVANTES VALAREZO, Andrés. Inconveniencia del arbitraje de inversión CIADI y de los órganos regionales arbitrales para América, Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016, pp. 106 y 107

laudos y acuerdo de partes), el inversor salió beneficiado en un 70% de los casos presentados contra países de América Latina y el Caribe.¹²⁴

Examinando la evidencia empírica que el régimen de arbitraje de inversiones ha producido después de varios años de aplicación, particularmente en el Sur Global, se puede concluir fácilmente que esos resultados están a favor de países de altos ingresos, empresas extra grandes y personas adineradas.¹²⁵

El Estado colombiano conociendo esta realidad no tuvo ni tiene reparos en aceptar este tipo de tribunales, exponiéndose a demandas como la estudiada en esta investigación, con unas pretensiones que a 15 de junio de 2018 ascienden a US\$1.625.000.000.oo.

Sobre este tipo de demandas, se tiene que “el 91% de los inversores extranjeros que reclaman indemnizaciones por violación de algún acuerdo internacional procede del Norte económico, el 6% del Sur y el 3% de economías en transición (UNCTAD, 2010). Es decir, las demandas inversor - Estado son fundamentalmente un asunto entre empresas multinacionales del Norte económico y economías del Sur y en transición.”¹²⁶

De manera adicional, se debe señalar que Suramérica es la región con más casos de arbitraje de inversión en el mundo, con el 25% de la totalidad de los casos¹²⁷.

¹²⁴ OLIVET, Cecilia, MÜLLER, Bettina y GHIOTTO, Luciana. Impactos de las Demandas de Arbitraje de Inversores contra Estados de América Latina y el Caribe, Publicado por Transnational Institute Ámsterdam, Diciembre 2017, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: https://www.cadtm.org/IMG/pdf/isds_en_numerosos2017.pdf

¹²⁵ SUAREZ, Federico. Rethinking the hegemonic notion of foreign investment: examining the empirical evidence of the international investment system in the Global South, The Dickson Poon School of Law, King's College London, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3522479>

¹²⁶ ZABALO, Patxi. América Latina ante las Demandas Inversor-Estado. Ob. Cit. p. 264

¹²⁷ CERVANTES VALAREZO, Andrés. Ob. Cit., p. 111

Con estas concluyentes cifras, el Estado colombiano debe tomar medidas para evitar que este tipo de controversias sigan siendo dirimidas por estos cuestionados tribunales, siendo un error admitir en el TBI Colombia - España este mecanismo de solución de controversias.

Países como Bolivia en 2007, Ecuador en 2009 y Venezuela en 2012, ya tomaron medidas, denunciando el convenio CIADI de Washington, “principalmente considerando que las políticas económicas no podían someterse, sin más, al arbitraje internacional. Ello resume la posición crítica tradicional de Latinoamérica frente al arbitraje”.¹²⁸ Además, se ha venido germinando un movimiento para delimitar o excluir la jurisdicción del CIADI, declarando la necesidad de la creación del Centro de Arbitraje en ALBA-TCP y en UNASUR¹²⁹.

Sobre este punto, existe actualmente el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, el cual excluye puntos sensibles como la expropiación indirecta y de manera expresa excluye la solución de controversias contempladas en los TBI, lo cual no es otra cosa que excluir al CIADI.¹³⁰

A pesar de las evidentes estadísticas, el CIADI se presenta como una institución líder a nivel mundial dedicada al arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales, con un proceso diseñado para tener en cuenta las características particulares tanto de las diferencias relativas a inversiones internacionales como de las partes involucradas, para así mantener un cuidadoso equilibrio entre los intereses de inversionistas y Estados receptores.¹³¹

¹²⁸ HERNANDEZ G, José Ignacio, El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho administrativo global. Reflexiones en el cincuenta aniversario del CIADI, *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016, p 144.

¹²⁹ FIEZZONI, Silvia Karina, *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, *Beijing Law Review*, 2011 [en línea] [fecha de consulta: 29 de enero de 2019] doi:10.4236/blr.2011.23014 disponible en <http://www.SciRP.org/journal/blr> p. 1.

¹³⁰ Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercosur/>

¹³¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, entidad adscrita al Banco Mundial, [en línea] [fecha de consulta: 5 de julio de 2020] disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/default.aspx>

Según el CIADI, “Cada caso es considerado por una Comisión de Conciliación o un Tribunal de Arbitraje independiente, luego de ponderar las pruebas y los argumentos jurídicos presentados por las partes.”¹³²

Autores como Gabriela Álvarez, aseguran que la característica más importante que diferencia el arbitraje del CIADI de cualquier otro tipo de arbitraje es la completa autonomía e independencia del procedimiento, ya que las reglas tienen un carácter internacional, puesto que se fundamentan en un tratado. Señala también que estas reglas tienen un carácter autónomo, en el sentido de que son independientes del derecho nacional”¹³³

2.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Colombia, aunque no tiene regulación sustantiva y unificada sobre la materia, acepta la jurisdicción y competencia de tribunales internacionales de arbitraje de inversión y afronta institucionalmente estas demandas con regulación basada en decretos de reparto de competencias.

El caso Electricaribe, cursa en el CIADI, pero se le aplica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, modificada en el año 2006.

El CIADI tiene serios cuestionamientos frente a la imparcialidad de sus árbitros y es una institución que se encuentra en crisis, pues se demostró la tendencia a condenar a los países receptores de la inversión que a su vez son países en vía de desarrollo ubicados en el sur global.

Por lo anterior, Colombia, con el fin de prevenir litigios futuros con multinacionales extranjeras, deberá estudiar de manera seria, la posibilidad de denunciar el Convenio

¹³² *Ibíd.*

¹³³ ÁLVAREZ Ávila Gabriela, LAS CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE DEL CIADI, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>

sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido como el convenio de Washington de 1965¹³⁴ que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI.

Finalmente, Colombia debe repensar y modificar la política exterior en materia de derecho económico internacional, partiendo de una seria reflexión y estudio de conveniencia de este tipo de tratados. Teniendo en cuenta además que, como lo señalan profesores como Bernardo Vela y García Bolívar, “No hay una relación directa entre inversión extranjera y desarrollo”.¹³⁵ “No se ha probado que suscribir un TBI garantiza la atracción de inversiones extranjeras. Por el contrario existen casos concretos que prueban que no suscribir un TBI o no ser parte de la Convención CIADI no ha impedido atraer inversiones. En América Latina el país que atrae la mayor parte de inversión extranjera que va al hemisferio es Brasil, el cual atrajo US \$ 64 mil millones en el año 2013, más del 20% del total de inversión extranjero que recibió América Latina. Sin embargo, Brasil no ha ratificado un solo TBI, ni es parte de la Convención CIADI.”¹³⁶

Dicho lo anterior, es necesario ahora revisar demandas arbitrales en donde se resuelven casos similares al estudiado.

¹³⁴ Colombia, Congreso de la República, Ley 267 de 1996, Diario Oficial No. 42.704, de 30 de enero de 1996, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

¹³⁵ VELA ORBEGOZO, Bernardo. El dilema del CIADI: ¿Garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p.231.

¹³⁶ GARCÍA-BOLÍVAR Omar. La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma, marzo de 2015, [en línea] [Fecha de consulta 30 de abril de 2020] disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500137

CAPITULO III. REVISIÓN Y ANÁLISIS DE LAUDOS ARBITRALES QUE RESUELVEN PRETENSIONES DE EXPROPIACIÓN, PROFERIDOS SOBRE TEMAS AFINES EN LA REGIÓN

A continuación se realizará un estudio de casos que fueron seleccionados por ser insumos necesarios y útiles para estudiar el caso Electricaribe. Con esto se pretende compilar una serie de laudos que contienen dos elementos importantes: i) la similitud de los hechos del caso con el caso objeto de esta investigación, en algunos laudos, y; ii) la riqueza conceptual del desarrollo de la institución de la expropiación en otros laudos. De tal manera que sirva para contrastar estas decisiones con los supuestos fácticos y jurídicos del caso objeto de la presente investigación.

El objetivo es analizar el proceder de los tribunales de arbitramento que resuelven estos casos, y a su vez obtener elementos aplicables al caso Electricaribe. La metodología que se utilizará en este capítulo para compilar los elementos centrales de estas decisiones iniciará con un resumen de los hechos del caso, una explicación que justifica la selección del mismo, la argumentación expuesta que sostiene la expropiación, las consideraciones del tribunal, la decisión tomada por los árbitros y la conclusión del caso.

3.1 VANNESSA VENTURES CONTRA VENEZUELA (MINAS LAS CRISTINAS)¹³⁷

3.1.1 Resumen del caso

Se trata de un contrato para la explotación minera de cobre y oro, con problemas de financiación, con suspensiones y otras vicisitudes que afectaron la ejecución del mismo.

¹³⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; Demandante: *Vannessa Ventures*; Demandada: República Bolivariana de Venezuela; Tratado de inversión: Acuerdo entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno de la República de Venezuela para la Promoción y la Protección de Inversiones de fecha 1 de julio de 1996, que entró en vigor el día 28 de enero de 1998; Caso: CIADI No ARB(AF)/04/6); Miembros del Tribunal: Profesor Vaughan Lowe Qc presidente, Hon. Charles N. Brower, y la Profesora Brigitte Stern; Fecha del Laudo: 16 de enero de 2013.

Producto de lo anterior, el día 6 de noviembre de 2001, la contratante Corporación Venezolana de Guayana (CVG) notificó a Minera Las Cristinas C.A. (compañía con mayoría accionaria de propiedad de la demandante Vanessa) la rescisión del Contrato, dándole siete días para entregar el predio de Las Cristinas.¹³⁸

“El día 16 de noviembre de 2001, la CVG tomó la posesión física del predio y de determinados activos tangibles relacionados.”¹³⁹

De manera posterior, en el año 2002 el Estado venezolano tomó varias medidas, amparándose en su propia normatividad, tendientes a “cancelar las concesiones y transferir el control de los derechos en virtud de estas al Gobierno de Venezuela.”¹⁴⁰

Minera Las Cristinas C.A. (MINCA) acudió a la justicia venezolana impetrando diez acciones legales, todas ellas en busca de hacer vales sus derechos como contratista.¹⁴¹

Finalmente, el día 9 de julio de 2004, Vanessa presentó solicitud de arbitraje en la cual reclamó daños y perjuicios, solicitando una indemnización de USD\$1.045.000.000 más intereses.¹⁴²

Como parte de sus pretensiones solicitó: a) que se declare que Venezuela expropió las inversiones de Vanessa en este país violando el artículo VII del TBI; b) que se declare que Venezuela ha fallado en otorgar a los inversionistas un tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad en violación del artículo II (2) del TBI; c) que como consecuencia de lo anterior se restituya a los inversionistas las inversiones expropiadas, así como los daños monetarios por deterioro o pérdida de esos activos, lucro cesante causados por el retraso en el desarrollo de Las Cristinas, y gastos

¹³⁸ Laudo Arbitral CIADI No. ARB(AF)/04/6, *Vanessa Ventures Ltd. Contra la República Bolivariana de Venezuela*, 16 de enero de 2013, p 30

¹³⁹ *Ibíd.*, p. 30

¹⁴⁰ *Ibíd.*, p. 30

¹⁴¹ *Ibíd.*, p. 31

¹⁴² *Ibíd.*, p. 32

incurridos por MINCA, Vanessa Venezuela y Vanessa para defender sus derechos e intereses, más los intereses compuestos.¹⁴³

3.1.2 Justificación de la selección del caso

Se decidió analizar el presente caso, pues contiene varios ingredientes útiles para esta investigación, como la relación entre el inversor extranjero y el Estado, las dificultades en la ejecución del contrato, y las decisiones unilaterales del estado tras soportar los varios incumplimientos del contratista. Del presente caso se rescata la defensa coherente adelantada por Venezuela, como prueba de que es posible salir adelante en este tipo de litigios siempre que se tenga una línea argumentativa clara y un actuar unívoco del Estado.

3.1.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante

La Demandante argumenta que la expropiación se configura por las siguientes razones:

Primero: Alega que “la legislación de Venezuela prohíbe la rescisión unilateral de un contrato sin recurrir en primer lugar al mecanismo de arreglo de diferencias acordado, sea en los Tribunales judiciales o a través del arbitraje”¹⁴⁴. Según la demandante, Venezuela omitió dicha instancia fundando su decisión en “sus facultades administrativas exorbitantes que supuestamente la eximían de este requisito en lo que se refiere a los contratos administrativos.”¹⁴⁵

Segundo: La entidad estatal se basó en sus facultades administrativas exorbitantes para incautar los activos del contratista. “La incautación de activos por parte de un escuadrón de la Guardia Nacional de Venezuela para ejecutar un acto administrativo

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 32

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 57

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 57

sin recurrir a la asistencia judicial no podría haber sido realizada por una parte en el simple ejercicio de sus prerrogativas comerciales.”¹⁴⁶

Tercero: que el Ministerio de Energía y el presidente de la República brindaron apoyo a la CVG para realizar la expropiación. En lugar de disponer simplemente de los derechos de minería luego de la rescisión del Contrato de Trabajo. En otras palabras, el Ministerio y el presidente fueron partícipes necesarios y activos en la expropiación.¹⁴⁷

Cuarto: Se alega que la expropiación fue ilícita “porque no cumplió con los criterios de legalidad establecidos en el Artículo VII (1) del TBI. En primer lugar, aunque la legislación venezolana dispone que los contratos pueden ser rescindidos por motivos de interés general o público, sobre la base de incumplimiento, en tanto se pague una compensación, la CVG no invocó en ningún momento motivos de esa naturaleza.”¹⁴⁸

Quinto: “La expropiación fue discriminatoria porque ninguna otra empresa o propiedad recibió este trato.”¹⁴⁹

Sexto: Venezuela no pagó compensación alguna por esta medida.¹⁵⁰

3.1.4 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal determinó que se probó una violación de la demandada al convenio de prorroga suscrito entre las partes y que “Dicha violación del Convenio de Prórroga equivale a un incumplimiento y hace que la decisión posterior de Venezuela de rescindir el Contrato de Trabajo sea tanto justificada como legítima.”¹⁵¹

¹⁴⁶ *Ibíd*em, p. 58

¹⁴⁷ *Ibíd*em, p. 58

¹⁴⁸ *Ibíd*em, p. 58

¹⁴⁹ *Ibíd*em, p. 58

¹⁵⁰ *Ibíd*em, p. 58

¹⁵¹ *Ibíd*em, p. 66

El Tribunal recordó que “para configurar una expropiación en virtud del derecho internacional, es necesario que la conducta del Estado debería ir más allá de la que una parte contratante común y corriente podría adoptar. En el caso que nos ocupa, aunque en 2002 se adoptaron diversas medidas legales en aras de poner fin a los derechos respecto de Las Cristinas, todas esas medidas fueron consecuencia de la rescisión inicial del Contrato de Trabajo – al igual que la ocupación física del sitio minero de Las Cristinas por parte de la CVG.”¹⁵²

Las pruebas señalan que la rescisión era una medida que las partes habían previsto contractualmente, motivadas por la continuación no autorizada de la suspensión del trabajo “La Demandante no ha demostrado que las acciones de la Demandada fueran más que respuestas contractuales legítimas a lo que el Tribunal considera fueron incumplimientos contractuales.”¹⁵³

El Tribunal pone de presente la notificación del incumplimiento, fechada de 6 de agosto de 2001, en donde se “invoca tres incumplimientos contractuales por parte de MINCA: (1) el incumplimiento de su obligación de presentar informes detallados ante la CVG; (2) el hecho de no retomar el trabajo en la mina, luego del vencimiento de la última prórroga el día 15 de julio de 2001; (3) el perfeccionamiento de una operación con la Demandante a efectos de la transferencia de todas las acciones de MINCA contraviniendo expresas disposiciones contractuales”¹⁵⁴

3.1.5 Decisión del Tribunal

El Tribunal no consideró que la cancelación del Contrato de Trabajo supere el umbral elevado que separa una disputa contractual de una violación a una prohibición de un tratado en materia de expropiación. En este sentido, el laudo rechazó la pretensión de

¹⁵² *Ibíd*em, p. 70

¹⁵³ *Ibíd*em, p. 70

¹⁵⁴ *Ibíd*em, p. 70

vulneración el Artículo VII del TBI Canadá- Venezuela mediante la rescisión del Contrato de Trabajo y las medidas adoptadas como consecuencia de tal rescisión.¹⁵⁵

“Por unanimidad desestima todas las reclamaciones presentadas por la Demandante contra la Demandada en virtud del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Canadá y Venezuela”¹⁵⁶

3.1.6 Conclusión del caso

Aunque con algunas diferencias de fondo con el caso objeto de estudio, el referido proceso tiene una gran similitud al caso Electricaribe, pues es claro que se está frente a medidas tomadas por un Estado que después de un largo trasegar de incumplimientos de su contratista, hace uso de sus prerrogativas especiales para intervenir jurídicamente y desplazar de manera legítima al contratista incumplido, quien se ampara en el derecho internacional para pedir indemnización, pasando por alto el sinnúmero de incumplimientos a su costa. De esta manera queda evidenciado que tomar medidas de terminación de contrato o intervención estatal, no constituye per se una expropiación, pues como señaló el Tribunal, el umbral que se debe superar para pensar en expropiación, pasa por la configuración de actuaciones arbitrarias e ilegítimas del Estado receptor de la inversión.

3.2 METALCLAD CORPORATION CONTRA MÉXICO¹⁵⁷

3.2.1 Resumen del caso

En el año 1990 el gobierno mexicano autorizó a la sociedad Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (en lo sucesivo “COTERIN”) la construcción

¹⁵⁵ *Ibíd*em, p. 71

¹⁵⁶ *Ibíd*em, p. 79

¹⁵⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; Demandante: *Metalclad Corporation*; Demandada: Estados Unidos Mexicanos; Tratado de inversión: Capítulo Once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); Caso: No. ARB(AF)/97/1; Miembros del Tribunal: Sir Elihu Lauterpacht, QC, CBE presidente, Benjamín R. Civiletti y José Luis Siqueiros.; Fecha del Laudo: 30 de agosto de 2000.

y operación de una planta para el tratamiento de residuos peligrosos en La Pedrera, valle localizado en Guadalcázar, Estado mexicano de San Luis Potosí (en lo sucesivo SLP).¹⁵⁸ La sociedad COTERIN, es de propiedad de Metalclad, empresa de origen estadounidense.

El día 23 de enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología, otorgó a COTERIN un permiso para la construcción de un confinamiento de residuos peligrosos en La Pedrera.¹⁵⁹ Metalclad señala que transcurrido un lapso corto de tiempo, después de la compra de COTERIN, el Gobernador del Estado mexicano de San Luis Potosí promovió una campaña pública para denunciar e impedir la operación del confinamiento.¹⁶⁰ “El 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción, cuando el Municipio ordenó el cese de toda actividad debido a la falta de permiso municipal de construcción.”¹⁶¹ Finalmente, el día 23 de septiembre de 1997, “el Gobernador, tres días antes de que terminara su período de gobierno, emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único. El Área Natural abarcaba el área del confinamiento.”¹⁶²

3.2.2 Justificación de la selección del caso

El presente caso es útil para esta investigación porque refleja la intervención de la autoridad estatal en sus distintos ordenes, tal y como sucede en el caso colombiano de Electricaribe. Ello es importante, pues el rol que cumple cada autoridad es decisivo en las resultas del juicio, reflejándose en este caso un actuar descoordinado, incoherente y con rasgos de mala fe, que llevaron a estado mexicano a una condena por expropiación.

¹⁵⁸ Laudo Arbitral CIADI No. ARB(AF)/97/1, Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos, 30 de agosto de 2000, p. 12

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 13

¹⁶⁰ *Ibíd.*, p. 14

¹⁶¹ *Ibíd.*, p. 14

¹⁶² *Ibíd.*, p. 18

Además, este es uno de los casos que se pueden denominar como hito cuando se estudia la expropiación indirecta, pues es objeto de consulta obligada por los investigadores de este tema. Esto en atención a que se configuran varios de los indicadores de expropiación expuestos por la doctrina internacional.

3.2.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante

La demandante en resumidas cuentas “sostiene que México, a través de sus gobiernos locales del Estado mexicano de San Luis Potosí y Guadalcázar, interfirió e impidió la operación por parte de Metalclad del confinamiento. Metalclad alega que esta interferencia es una violación de los artículos 1105 y 1110 del Capítulo Once de las disposiciones sobre inversión del TLCAN.”¹⁶³

3.2.4 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal aborda el tema desde el Tratado de Libre Comercio, señalando que “La expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”¹⁶⁴

El laudo continua su argumentación diciendo que México, “al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 23

¹⁶⁴ *Ibíd.*, p. 30

que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.”¹⁶⁵

Señala también el Tribunal que el Municipio negó el permiso de construcción, en parte, por la percepción adversa que se tenía hacia las afectaciones ambientales del confinamiento de residuos peligrosos y la conveniencia geológica del lugar para el confinamiento. Con lo anterior, el Municipio actuó fuera de su autoridad, pues no había bases sólidas para justificar esta actuación, impidiendo de manera efectiva e ilegalmente la operación por parte de la Demandante del confinamiento.¹⁶⁶

Estas medidas, consideradas conjuntamente con las afirmaciones del gobierno federal mexicano, en las cuales Metalclad se basó, y en la ausencia de una negativa del Municipio emitida a tiempo, en orden o con alguna base sustantiva respecto al permiso local de construcción, equivalen a una expropiación indirecta.¹⁶⁷

Finalmente, el Tribunal considera que la expedición del Decreto Ecológico es un fundamento más para su decisión respecto a la expropiación, pues este Decreto “cubre un área de 188,758 hectáreas dentro de “Real de Guadalcázar” lo que incluye el lugar del confinamiento, y crea ahí una reserva ecológica. Este Decreto tuvo como efecto el impedir para siempre la operación del confinamiento.¹⁶⁸

3.2.5 Decisión del Tribunal

En conclusión, el Tribunal sostiene que México expropió indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a esta empresa una indemnización por la expropiación. México violó el artículo 1110 del TLCAN.¹⁶⁹ Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal condenó a México a pagar a Metalclad, la suma de US\$16,685,000.00.¹⁷⁰

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 30

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 31

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 31

¹⁶⁸ *Ibíd.*, p. 32

¹⁶⁹ *Ibíd.*, p. 32

¹⁷⁰ *Ibíd.*, pp. 37 y 38

3.2.6 Conclusión del caso

El presente caso, en contraste con el anterior, evidencia el resultado que se da cuando los estados actúan sin coordinación de sus diversos órganos del orden territorial. Ello genera caos y un verdadero perjuicio al inversionista, pues se evidencia que el estado en su ámbito local, se dedicó a impedir la operación del confinamiento, lo cual dio como resultado una condena millonaria contra estado mexicano.

Trasladando esto al caso colombiano, es evidente que Electricaribe documentó las declaraciones públicas¹⁷¹ de los alcaldes y gobernadores de la costa Caribe, en donde rechazan el mal servicio de esta empresa. Esto con el fin de alegar una predisposición del estado en su esfera local. De igual manera, han dicho que el interventor nombrado por la Superintendencia “ha declarado públicamente que: “hay que cambiar la cultura del no pago, dando ejemplo desde los entes gubernamentales”¹⁷². Esto con el fin de atribuir el descalabro a la morosidad, como se verá en el quinto capítulo.

A manera de ejemplo, GNF relató lo sucedido con el exalcalde de Barranquilla Alejandro Char, quien, en mayo de 2016, ante varias protestas por el servicio de la compañía española, manifestó públicamente: ‘Quiero tirar piedra en las manifestaciones contra Electricaribe’. Con este tipo de declaraciones, explica GNF, se incrementó el número de conexiones fraudulentas y se elevó la violencia contra la compañía.¹⁷³

¹⁷¹ Los gobernadores de los siete departamentos del Caribe y los alcaldes de las ciudades capitales en el mes de abril de 2016 “expidieron una declaración contra Electricaribe. En ella le pidieron al Gobierno que interviniera a la empresa porque no estaba dando garantías para el desarrollo regional. Allí, el gobernador de Bolívar, Dumek Turbay, manifestó que “los términos de espera para esta empresa se acabaron”. El alcalde de Barranquilla, Alejandro Char, manifestó por su parte que “nunca antes el Caribe se había unido tanto como en este instante histórico para defender a la región del mal servicio de energía”. En esa ciudad cerca de 600.000 personas se quedaron sin electricidad, lo que ocasionó unas 200 emergencias o reportes, según las autoridades.” Revista Semana, La crítica situación de Electricaribe, 22 de abril de 2016, [en línea] [Fecha de consulta 30 abril de 2020] disponible en: <https://www.semana.com/economia/articulo/electricaribe-gobernadores-del-caribe-quiere-intervencion/470617>

¹⁷² Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 14 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 de enero 2020] disponible en: <https://prensa.naturgy.com/gas-natural-fenosa-insta-al-gobierno-de-colombia-que-deje-sin-efecto-la-medida-de-la-superintendencia-de-servicios-publicos-domiciliarios/>

¹⁷³ El Espectador, Cuenta regresiva para conocer fallo en el proceso arbitral más costoso contra

3.3 PHILIP MORRIS CONTRA URUGUAY¹⁷⁴

3.3.1 Resumen del caso

Los demandantes alegan que “mediante diversas medidas de control del tabaco aplicables a la industria tabacalera, la Demandada violó el TBI en razón del trato otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las Demandantes habían invertido. Dentro de esas medidas se encuentran la adopción por parte del Gobierno del requisito de la presentación única que impedía a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marcas (la “Única” o “RPU”), y el aumento en el tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecen en las cajetillas de cigarrillos (la regulación 80/80)¹⁷⁵

La señalada Regulación del 80/80 fue acogida con el Decreto del Poder Ejecutivo N.º 287/009 de fecha 15 de junio de 2009.

3.3.2 Justificación de la selección del caso

Este laudo “podría ser el inicio de una etapa del arbitraje internacional de inversiones que, con mayor intensidad, promueve la protección del derecho a regular de los Estados sedes”¹⁷⁶. Por tanto, es de suma importancia para este estudio pues, aunque

Colombia, 4 de julio de 2020, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/cuenta-regresiva-para-conocer-fallo-en-el-proceso-arbitral-mas-costoso-contra-colombia/>

¹⁷⁴ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; Demandantes: Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A.; Demandada: República Oriental del Uruguay; Tratado de inversión: Acuerdo de fomento y protección recíproca de las inversiones entre la Confederación Suiza y la República Oriental del Uruguay; Caso: CIADI N.º ARB/10/7; Miembros del Tribunal: Piero Bernardini, Presidente, Sr. Gary Born y James Crawford; Fecha del Laudo: 8 de julio de 2016.

¹⁷⁵ Laudo Arbitral CIADI No. ARB/10/7, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra la República Oriental del Uruguay, 8 de julio de 2016, p 2

¹⁷⁶ HERNÁNDEZ, José Ignacio. Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones, “*Economic regulation and international investment arbitration*”, diciembre de 2016, revista electrónica de *Diretio*, febrero de 2017 No. 1. P 26 [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947>

no se trata de una correlación de supuestos facticos similares al caso Electricaribe, si contiene algunos ingredientes útiles y afines, tales como:

- a. La intervención del Estado ejerciendo su poder de policía al regular una actividad comercial.
- b. La protección del ciudadano procurada por el Estado con su regulación.
- c. La rica y profunda argumentación del Tribunal sobre la expropiación y poder de policía.
- d. La batalla jurídica ganada por un pequeño Estado en contra de una poderosa multinacional como lo es la Philip Morris.

3.3.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante

Afirman las demandantes que la medida tomada por Uruguay “indebidamente limita la utilización de sus marcas registradas legalmente protegidas y le impide a Abal exhibirlas en forma adecuada. Esto, en la opinión de las Demandantes, causó una privación de los derechos de propiedad intelectual de PMP y Abal, reduciendo aún más el valor de su inversión.”¹⁷⁷

Conforme con lo dicho, las sociedades demandantes sostienen que las medidas impugnadas constituyen violaciones de las obligaciones de la Demandada, pues con ellas se menoscaba el uso y goce de las inversiones, se atenta contra el tratamiento justo y equitativo, se deniega justicia y se expropia. Por tales razones los demandantes alegan el derecho a compensación en virtud del Tratado y el derecho internacional. Las Demandantes también reclaman además una indemnización por los daños y perjuicios resultantes de estas presuntas violaciones solicitando¹⁷⁸ que se ordene a Uruguay retirar las regulaciones objeto del litigio o se abstenga de aplicarlas contra las inversiones de las Demandantes, y otorgue una indemnización por los daños sufridos hasta la fecha de este retiro. De manera subsidiaria solicitaron se

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 3

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 3

condene a la demandada al pago de una indemnización por daños de al menos USD 22,267 millones, además de intereses compuestos.¹⁷⁹

3.3.4 Consideraciones del Tribunal

El Tribunal, en su muy bien fundamentado laudo, concluyó que “no hay siquiera argumentos *prima facie* para la expropiación indirecta por parte de la Regulación del 80/80. La marca *Marlboro* y otros elementos distintivos siguieron apareciendo en las cajillas de cigarrillos en Uruguay y eran reconocibles como tales. Una limitación del 20% del espacio disponible, no podría tener un efecto sustancial sobre el negocio de las Demandantes, puesto que sólo consistió en una limitación a las modalidades de uso de las marcas relevantes, impuesta por la ley. Por consiguiente, no se admite el reclamo de que la Regulación del 80/80 violó el Artículo 5 del TBI.”¹⁸⁰

Señala el Tribunal al abordar la pretensión de la expropiación indirecta, que esta no se da mientras exista un valor suficiente tras la implementación de las Medidas Impugnadas. Tal y como lo muestran las decisiones en materia de tratados de inversión, la pérdida parcial de las utilidades no le confiere a la medida un carácter expropiatorio. En *LG&E c. Argentina*, por ejemplo, el Tribunal decidió que: “La disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación.”¹⁸¹

Posteriormente el Tribunal aborda de manera acertada un argumento adicional que respalda su laudo, al señalar que “la adopción de las Medidas Impugnadas por parte de Uruguay constituyó un ejercicio válido del poder de policía del Estado, con la consecuencia que desestima el reclamo de expropiación en virtud del Artículo 5(1)

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 3

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p. 85

¹⁸¹ *Ibíd.*, p. 89

del TBI.”¹⁸² En efecto, el Tribunal sostiene que “que el TBI no evita que Uruguay, en ejercicio de su facultad soberana, regule los productos nocivos con el fin de proteger la salud pública”¹⁸³

Finalmente, el Tribunal expone lo concerniente a la doctrina del poder de policía que se ha venido aplicado en sinnúmero de casos a fin de desestimar reclamos contra medidas regulatorias trazadas con objetivos de proteger la salud pública desde 1903 cuando se desestimó una pretensión por daños en donde la Comisión de Reclamos del Caso Bischoff estableció que: “ciertamente, durante una epidemia de una enfermedad infecciosa, no puede haber responsabilidad por el ejercicio razonable del poder de policía”¹⁸⁴

Luego de hacer un vasto recorrido por diversos laudos, el Tribunal concluye que “al amparo de tratados de inversión, para que las acciones de un Estado en el ejercicio de sus potestades regulatorias no conformen una expropiación indirecta, las acciones deben cumplir ciertas condiciones. Entre aquellas mencionadas con mayor frecuencia se encuentra la condición de que las acciones se tomen de buena fe en aras de proteger el bienestar público, y deban ser no discriminatorias y proporcionadas. El Tribunal considera que la RPU y la Regulación del 80/80 cumplen con estas condiciones.”¹⁸⁵

3.3.5 Decisión del Tribunal

Por los motivos esgrimidos el Tribunal desestimó los reclamos de las demandantes y les ordenó pagar a la demandada la suma de USD 7 millones más la totalidad de los honorarios y gastos del Tribunal y los honorarios y gastos administrativos del CIADI, reintegrando a la Demandada todos los montos abonados al Centro en ese sentido.¹⁸⁶

¹⁸² *Ibíd.*, p. 89

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 89

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pp. 92 y 93

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 95

¹⁸⁶ *Ibíd.*, p. 186

3.3.6 Conclusión sobre el caso

Este caso, aborda de manera frontal y con claridad conceptual, la doctrina del poder de policía que los estados deben y pueden ejercer soberanamente. Aunque no se trata de una situación similar a la estudiada en esta investigación, se observan varios puntos que se asemejan al caso Electricaribe. Uno de ellos es que la controversia surge con ocasión a un acto administrativo emitido por el Estado, tendiente a intervenir en el correspondiente sector, con el fin de regular una situación de interés público.

Partiendo de allí, se tiene que el llamado hecho generador es similar, no obstante, la gran diferencia radica en que la decisión de Uruguay era regulatoria leve y la decisión colombiana es intensa, pues es de intervención con fines liquidatarios, lo que lleva a pensar en escenarios diferentes.

Por último, al igual que en el caso de Las Cristinas, se debe rescatar que siempre que medien actuaciones estatales proporcionales y coherentes, junto con una defensa en la fase del litigio, que sea clara y consecuente con los hechos, las probabilidades de tener éxito en los Tribunales de arbitraje internacional, son reales y tangibles.

3.4 COMPAÑÍA DE AGUAS DEL ACONQUIJA S.A. Y VIVENDI UNIVERSAL S.A. CONTRA ARGENTINA¹⁸⁷

3.4.1 Resumen del caso

El presente caso se origina en las “relaciones complicadas que se desarrollan entre las partes a un Contrato de Concesión de 1995, por el que se privatizaron (finalmente, sin

¹⁸⁷ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; Demandantes: Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.; Demandada: República Argentina; Tratado de inversión: Tratado bilateral de inversiones suscrito el 3 de julio de 1991 con la República Francesa – Acuerdo entre la República Argentina y la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones; Caso: No. ARB/97/3; Miembros del Tribunal: Gabrielle Kaufmann-Kohler, Carlos Bernal Vereza J. William Rowley QC presidente; Fecha del Laudo: 20 de agosto de 2007.

éxito) los servicios de agua y desagües cloacales de la Provincia de Tucumán en la República Argentina.”¹⁸⁸

En resumen, los contratistas demandantes alegan que fueron objeto de una serie de ataques orquestados por las autoridades locales de la Argentina. Dicen las demandantes que las autoridades locales, usando su autoridad regulatoria, modificaron unilateralmente las tarifas, violando así las disposiciones del Contrato e imponiendo un elevado costo a las Demandantes. Manifiestan que dichas autoridades, afectaron al contratista con varias acusaciones injustificadas. Sostienen que valiéndose de los medios de comunicación generaron en la ciudadanía hostilidad hacia los inversionistas, y que interfirieron directamente en las relaciones de la Compañía con sus clientes, estimulando la cultura del no pago.¹⁸⁹

3.4.2 Justificación de la selección del caso

El presente caso reúne varios elementos de caso colombiano Electricaribe, pues se trata de una relación conflictiva entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. De igual manera, se trata de la prestación de un servicio público domiciliario en el marco de un contrato a largo plazo que estuvo plagado de incumplimientos de lado y lado.

Este caso refleja el abuso en el que puede incurrir la autoridad estatal en su ámbito local, inconsciente del incumplimiento de obligaciones internacionales, que a la postre llevan al estado a pagar una millonaria condena producto de ese actuar negligente del gobierno provincial.

3.4.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante

Las sociedades que conforman la parte activa del litigio, esgrimen seis argumentos con los que buscan sustentar el alegato de expropiación de su inversión, argumentos que se resumen así:

¹⁸⁸ Laudo Arbitral CIADI No. ARB/97/3, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina, 20 de agosto de 2007, p. 11

¹⁸⁹ *Ibíd.*, pp. 35 y 36

i) La garantía del Tratado contra la expropiación sin indemnización es amplia; ii) El Artículo 5 prohíbe la expropiación de concesiones y derechos contractuales; iii) El hecho de que las autoridades hayan despojado a las Demandantes de beneficios económicos que razonablemente esperaban obtener configura una expropiación; iv) Tomados individualmente o en conjunto, los actos y omisiones de la autoridad local, estos constituyen una expropiación; v) Asignar la obligación de prestar servicios durante el supuesto “período de cautividad” equivale a expropiar; y vi) Los efectos de los actos de las autoridades locales fueron decisivos.¹⁹⁰

3.4.4 Consideraciones del Tribunal

Luego de una enriquecedora citación de antecedentes de casos de expropiación, el Tribunal abordó el asunto de la siguiente manera:

Las medidas tomadas por la autoridad Argentina no equivalen a simples actos comerciales de incumplimiento o relacionados con el incumplimiento de una contraparte contratante. Se trata de actos soberanos ilegítimos, llevados a cabo por la Provincia en su carácter oficial, respaldados por la fuerza del derecho y con todas las facultades del poder público.¹⁹¹

El tribunal cita el caso *Jalapa Railroad* de 1948 en donde se dijo que la responsabilidad internacional surge cuando el gobierno salió de su función de parte contratante y eludió las obligaciones fundamentales del contrato mediante el ejercicio de su poder público.¹⁹²

En el caso Tecmed, que se estudiará a continuación, el Tribunal sostuvo que una medida es equivalente a una expropiación si la Demandante se ve privada, de manera sustancial, de la utilidad económica de su inversión. Es decir, si a raíz de actuación atribuible al estado receptor de la inversión, los bienes e inversiones pierden el valor o utilidad para quien se beneficia de los mismos”¹⁹³

¹⁹⁰ *Ibíd*em, p. 136

¹⁹¹ *Ibíd*em, p. 250

¹⁹² *Ibíd*em, p. 250

¹⁹³ *Ibíd*em, p. 251

Seguidamente el Tribunal cita al Profesor Christie en su artículo publicado en *British Yearbook of International Law*, en el cual señala que “un Estado puede expropiar una propiedad cuando el mismo interfiere con ella aunque el Estado niegue dicha intención. Es más, Tribunales internacionales, juristas y académicos han reconocido sistemáticamente que los Estados pueden llevar a cabo expropiaciones de manera distinta de una decisión formal; con frecuencia de manera de procurar ocultar la conducta expropiatoria bajo un manto de legitimidad.”¹⁹⁴

Finalmente, el Tribunal concluye que las medidas tomadas por la autoridad no eran respuestas reglamentarias legítimas ante los incumplimientos del contratista, sino actos soberanos que tenían el objetivo ilegítimo de poner fin a la Concesión o imponer una renegociación.¹⁹⁵

De esta manera, el Tribunal cierra su argumentación sosteniendo que la única conclusión a la que se puede arribar en este caso, es que las autoridades locales montaron una campaña ilegítima contra la empresa concesionaria extranjera.¹⁹⁶

Señala el tribunal que en ese caso no hubo incautación ni desposesión de la empresa, por lo que el punto central radica en si se han desplegado medidas equivalentes a una expropiación. Aquí, es preciso estudiar si dichas medidas han o habrán de i) privar radicalmente a las Demandantes del goce y uso económico de su inversión - *Tecmed*, ii) destruir efectivamente los beneficios de la propiedad de las Demandantes - *CME*, iii) privar al propietario de los beneficios y la utilidad económica de sus derechos contractuales - *Santa Elena*, iv) tornar inútiles los derechos de propiedad de las Demandantes - *Starrett Housing*, o tener un efecto semejante de desposesión.¹⁹⁷

Finaliza el Tribunal señalando que las Demandantes se vieron radicalmente privadas del goce y utilidad económica de su inversión, cuyos beneficios habían quedado efectivamente rescindidos y carentes de utilidad. Por ello, las Demandantes no

¹⁹⁴ *Ibíd.*, pp. 255 y 256

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 257

¹⁹⁶ *Ibíd.*, p. 257

¹⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 257 y 258

tuvieron otra opción más que dejar de prestar sus servicios, concluyendo que la Provincia expropió el derecho de las Demandantes¹⁹⁸.

3.4.5 Decisión del Tribunal

Por las razones expuestas, el Tribunal resolvió que Argentina violó el Artículo 3 del Tratado al no otorgar a las inversiones de las Demandantes un trato justo y equitativo de acuerdo con los principios del derecho internacional; que también violó el Artículo 5(1) del Tratado al no otorgar protección y plena seguridad a las inversiones de las Demandantes de acuerdo con los principios de trato justo y equitativo mencionados en el Artículo 3; y que también violó el Artículo 5(2) del Tratado al adoptar medidas ilícitas de expropiación de las inversiones de las Demandantes. Por tal razón se condena a Argentina, a pagar una indemnización de US\$105.000.000,00¹⁹⁹

3.4.6 Conclusión sobre el caso

El anterior caso es determinante para este estudio, pues aborda aspectos como los actos soberanos ilegítimos, llevados a cabo por el Estado, respaldados por la fuerza del derecho y con todas las facultades del poder público. Siendo este el punto de debate que ocupará el caso Electricaribe, pues la demandante alegará que la resolución de intervención con fines liquidatorio constituye un tipo de acto ilegítimo revestido de legalidad por las formas del derecho colombiano, dándole a la intervención un manto de legitimidad.

El caso argentino, congrega varios elementos en donde según quedó probado, el Estado orquestó una campaña de sabotaje desde las instituciones locales, perjudicando gravemente al inversionista, dando como resultado una condena significativa en contra del estado receptor de la inversión.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 263 y 264

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 294

3.5 TECMED CONTRA MÉXICO²⁰⁰

3.5.1 Resumen del caso

El pleito gira en torno a las pretensiones de la demandante relacionadas “con una inversión en terrenos, construcciones y otros activos a raíz de una subasta en licitación pública convocada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo”²⁰¹. Con dicha subasta se buscó vender un inmueble para que sobre este se construyera e instalara un confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos. El beneficiario de dicho proceso contractual fue Cytrar Tecmed.²⁰²

La controversia surge porque luego de varios años de operación del confinamiento, a la empresa privada se le negó la renovación de la autorización para el funcionamiento del confinamiento, mediante la resolución del INE del 25 de noviembre de 1998.²⁰³

Por tal razón, la demandante alega que dicha actuación fue un acto expropiatorio de su inversión, sin compensación ni justificación de ningún tipo que frustra sus justas expectativas de continuidad y duración de la inversión realizada y que perjudica la recuperación de las sumas invertidas más la tasa de retorno esperada.²⁰⁴

3.5.2 Justificación de la selección del caso

El presente caso es útil para esta investigación porque refleja la intervención de la autoridad estatal con un acto administrativo claro, tal y como sucede en el caso colombiano de Electricaribe. Con este acto, sencillamente se niega el permiso de funcionamiento de la empresa privada.

²⁰⁰ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones; Demandante: Técnicas Medioambientales Tecmed S.A.; Demandada: Estados Unidos Mexicanos; Tratado de inversión: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmado por el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos; Caso: No. ARB (AF)/00/2; Miembros del Tribunal: presidente: Dr. Horacio Grigera Naon, árbitros: Profesor José Carlos Fernández Rozas Licenciado Carlos Bernal Vereza, fecha del laudo: 29 de mayo de 2003.

²⁰¹ *Ibídem* p. 9

²⁰² *Ibídem* p. 9

²⁰³ *Ibídem* pp. 10 y 11

²⁰⁴ *Ibídem* p. 11

De manera adicional, el caso Tecmed, es otro de los casos emblemáticos de expropiación, siendo consulta obligada por los investigadores de este tema. Esto en atención a que se configuran varios de los indicadores de expropiación expuestos por la doctrina internacional.

3.5.3 Argumentos de la expropiación expuestos por la demandante

La demandante sostiene que al no renovarse la autorización para funcionar del confinamiento, el estado expropió su inversión, causándole daños y perjuicios. Ello en atención que las condiciones bajo las que se presentaron a la licitación, “fueron sustancialmente modificadas luego de efectuada dicha inversión por razones imputables a acciones u omisiones de distintas autoridades mexicanas situadas en los ámbitos municipal, estatal y federal.”²⁰⁵. Señala también que estas modificaciones que culminaron en la denegatoria de la prórroga de la autorización para operar el confinamiento son producto de circunstancias políticas, vinculadas con el cambio de autoridades del Ayuntamiento de Hermosillo. Autoridades que alentaron un movimiento ciudadano contrario al confinamiento, que condujo a confrontaciones que llegaron hasta al bloqueo del confinamiento.²⁰⁶

3.5.4 Consideraciones del Tribunal

El tribunal estableció que el acto administrativo está vinculado con circunstancias de orden social o político, es decir, a presiones sobre las autoridades las que originaron la negación del permiso. Por ello, a partir de esta premisa, se dedicó a evaluar si tales razones en su conjunto se consideran proporcionales frente a la privación de los derechos del inversionista y el impacto económico negativo consiguiente.²⁰⁷

Partiendo de la certeza de la existencia de presiones sociales o políticas, reconocida por ambas Partes, y registradas por la prensa, el tribunal sopesó si dicha presión social y sus consecuencias, que dieron lugar a la acción alegada como expropiatoria, fueron de tal dimensión que causaron la privación del inversor extranjero de su

²⁰⁵ *Ibíd*em p. 11

²⁰⁶ *Ibíd*em p. 11

²⁰⁷ *Ibíd*em p. 57

inversión sin compensación alguna. “Estos factores deben ponerse en la balanza en la tarea de determinar la proporcionalidad de la medida adoptada en relación con el fin perseguido por ésta.”²⁰⁸

El resultado del análisis hecho por el tribunal, arrojó que la medida no fue razonable ni proporcionada porque los mencionados problemas sociales se venían presentando con anterioridad sin que la autoridad hubiera tomado acción alguna, sea para mediar, evitar los hostigamientos o para revisar las actuaciones del inversionista a fin de determinar si había incurrido en alguna irregularidad.²⁰⁹

Dice también el tribunal que no hay prueba de que la oposición social al Confinamiento, aunque intensa, agresiva y sostenida, fuera realmente multitudinaria, pues dicha oposición “solo pudo concitar en dos oportunidades una congregación, en una de ellas, de doscientas, y en la otra, de cuatrocientas, personas dentro de una comunidad de cerca de un millón de habitantes”²¹⁰

De otra parte, el tribunal aborda la falta de voluntad y acción del órgano público, para reubicar el confinamiento y así dar fin a las protestas, pues se señala que la autoridad no respondió a la propuesta contenida en la nota del 15 de julio de 1998 y que hasta poco antes de la Resolución, mediante comunicaciones fechadas los días 9, 12 y 17 de noviembre de 1998, Cytrar y Tecmed refirmaron el compromiso de reubicación sin que “las autoridades mexicanas involucradas en la concertación de la reubicación hayan señalado, ante esa reafirmación y antes de la Resolución, sitio alguno para que dicho compromiso pudiese concretarse”²¹¹

3.5.5 Decisión del Tribunal

Con base en lo anterior, el Tribunal Arbitral encuentra y decide que la Resolución y sus efectos constituyen una expropiación en violación del artículo 5 del Acuerdo.²¹²

²⁰⁸ *Ibíd*em p. 58

²⁰⁹ *Ibíd*em p. 60

²¹⁰ *Ibíd*em p. 62

²¹¹ *Ibíd*em p. 63

²¹² *Ibíd*em p. 67

Como consecuencia de lo anterior, se condenó a México a pagar US\$ 5.533.017.12, más un interés compuesto, capitalizable anualmente.²¹³

3.5.6 Conclusión del caso

El presente caso, evidencia que la declaratoria de expropiación en la actualidad se analiza no solo desde la perspectiva objetiva del acto que se acusa de expropiatorio, pues el análisis va más allá de eso, y se abordan temas subjetivos como la proporcionalidad y razonabilidad de la medida. En otras palabras, este laudo es la prueba de la evolución de los estándares de expropiación indirecta, pues no se queda solo en el análisis del impacto objetivo de la medida, que efectivamente priva al inversionista y genera una afectación económica. Sino que va mas allá de ello, al abordar si dicha medida es proporcional y razonable.

3.6 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

La principal conclusión, es que en la actualidad la pretensión de expropiación viene siendo usada por los inversionistas privados como arma de ataque dentro de sus demandas. Ellos califican como expropiatoria cualquier acción del estado receptor de la inversión propensa a regular lo que a la postre genera el efecto de enfriamiento regulatorio. Es decir, los casos aquí revisados son ejemplos de lo que puede generar lo que se conoce en la doctrina como efecto de enfriamiento regulatorio o efecto disuasivo para legislar en interés público”²¹⁴. Esto constituye una seria amenaza a la facultad que tienen los estados de ejercer el poder de policía.

De cinco casos elegidos por su similitud al caso Electricaribe, o por su aporte al desarrollo de la figura de la expropiación, se evidencia que esta se alegó en todos los

²¹³ *Ibíd*em p. 89

²¹⁴ GONGORA MERA, Manuel. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

casos sin seguir un mínimo de lineamientos para invocar esta figura. En otras palabras, para el inversionista, el estado receptor de la inversión no debe interferir en nada, y si lo hace, está incurriendo en expropiación, escenario que por supuesto es inaceptable.

Es por eso que este abuso de la figura de la expropiación viene siendo reglado por los mismos laudos arbitrales, con influencia de la doctrina y la jurisprudencia. Estos laudos, conciben marcos conceptuales cada vez más diáfanos y minuciosos sobre la expropiación indirecta. No obstante, aun “no puede hablarse de un criterio unánime sobre los elementos de análisis de un caso de expropiación indirecta, lo cierto es que la casuística internacional es cada vez mas especifica en cuanto a la protección de los derechos del inversionista en cuanto a estas formas veladas de confiscación del valor patrimonial.”²¹⁵

Teniendo claras las referencias con respecto a laudos emitidos sobre casos similares, es pertinente ahora, abordar el caso objeto de esta investigación, desde el punto de partida, es decir, desde el TBI que reguló el asunto, pues ya se cuenta con todos los insumos preliminares que facilitarán el análisis del caso Electricaribe y para ello el paso a seguir es el de estudiar el tratado internacional en que se fundamenta la demanda instaurada.

²¹⁵ AMADO, José Daniel y AMIEL Bruno, LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS, Revista de Derecho Themis 50, [sf] p 68, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=LA+EXPROPIACIO%CC%81N+INDIRECTA+Y+LA+PROTECCIO%CC%81N+DE+LA+S+INVERSIONES+EXTRANJERAS,+Jose%CC%81+Daniel+Amado+V,+Bruno+Amiel+R.C.&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

CAPÍTULO IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACUERDO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

Con este capítulo se demostrará que varios de los artículos del TBI Colombia España atentan contra los intereses del Estado colombiano, siendo este tipo de instrumentos la génesis del problema que hoy se afronta con demandas como la estudiada. Para ello se analizará de manera rigurosa cada uno de los artículos del tratado, señalando los puntos más controversiales y proponiendo maneras de abordar o resolver los graves y serios riesgos que tales enunciados comprenden a la luz del derecho internacional.

4.1 CONTEXTO GENERAL Y ALGUNOS COMENTARIOS SOBRE EL MECANISMO DE APROBACIÓN EN INCORPORACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONES AL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO

El TBI objeto de estudio se denomina “ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL REINO DE ESPAÑA PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES”.²¹⁶ En Colombia el acuerdo fue aprobado por la ley 1069 de 2006.

La Corte Constitucional con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, emitió la sentencia C – 309 del 2007 con la cual esta corporación declaró exequible tanto el TBI como la ley aprobatoria de este en su integralidad. No obstante lo

²¹⁶ Hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005, en lengua española, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006. Los firmantes fueron los Cancilleres de cada país, por Colombia lo hizo Carolina Barco, Ministra de Relaciones Exteriores, y por España lo hizo Miguel Ángel Moratinos, Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación. El Acuerdo consta de un preámbulo y 13 artículos.

anterior dos²¹⁷ de los nueve Magistrados de la Corte salvaron su voto. Salvamentos a los que se hará referencia cuando se estudien los artículos pertinentes.

Como crítica inicial, y de manera general, vale la pena mencionar el trámite legislativo de estos tratados, pues la Constitución de 1991 no previó ningún tipo de procedimiento especial o diferente. “el procedimiento de expedición de las leyes aprobatorias de tratados internacionales es el mismo de las leyes ordinarias, pues la Constitución no previó un trámite especial para ellas, salvo en cuanto a la necesidad de iniciar su trámite en el Senado de la República, según lo establece el inciso final del artículo 154 de la Carta”.²¹⁸

No se permite tampoco separar la discusión de tratados breves y tratados extensos o entre tratados simples y complejos, en consecuencia, el Congreso actúa únicamente “para aplicar un ritual programado para emitir una refrendación formal de las decisiones adoptadas por el presidente”.²¹⁹

Por ello, la deducción que surge es que este procedimiento es excesivamente flexible, pues los tratados internacionales por lo general abordan temas sensibles, como asuntos de derechos humanos, cooperación internacional, comercio internacional o inversión extranjera.

Los anteriores temas merecen una atención especial, y por ende un procedimiento que tenga como efecto un mayor y más profundo debate, o en su defecto, que para su aprobación se requiera de mayorías especiales. Esto con el fin de darle a estos

²¹⁷ Jaime Araujo Rentería y Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹⁸ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-334/02 del 7 de mayo de 2002.

²¹⁹ CORREA HENAO Magdalena, El control de constitucionalidad de los acuerdos de inversión en Colombia. Análisis de la cláusula de expropiación indirecta: El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al diálogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 516, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

instrumentos la importancia que realmente tienen y de paso abrir el debate para oír las posiciones de todo el espectro político y académico a profundidad.

Wilfredo Robayo manifiesta que se debe “reconsiderar la forma en que se realizan los controles a los tratados internacionales, así como a sus leyes aprobatorias, con el fin de lograr una mayor coherencia y eficacia del ordenamiento jurídico colombiano.”²²⁰

Paola Acosta va mas allá, pues su conocida tesis de la no incorporación del derecho internacional al derecho interno, plantea un debate diferente, según ella, “las leyes aprobatorias no son leyes ordinarias –ni siquiera deberían considerarse leyes- sin embargo, esta afirmación no niega la vinculatoriedad de las obligaciones internacionales contenida en tratados.”²²¹

Frente a estas posiciones doctrinales se concluye que es clara la necesidad de repensar la concepción de la política exterior y el procedimiento interno aplicado a los tratados internacionales. Siendo lo primero, replantear la idea del Estado colombiano en política exterior, dándole coherencia y lineamientos claros y argumentados, a fin de evitar caer en la tónica de suscribir tratados sin mayores reparos y sin avizorar las consecuencias de ello.

Un segundo filtro necesariamente debe ser el de implementar un verdadero y concienzudo debate parlamentario, usando el mismo procedimiento para el trámite de actos legislativos cuando se trate de acuerdos complejos en temas como derechos humanos, comercio, inversión y aspectos económicos. Esto con el fin de darle la importancia que realmente tienen las obligaciones internacionales.

²²⁰ ROBAYO, Wilfredo, El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano, El Estado constitucional y el derecho internacional ¿El estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2018, p 155.

²²¹ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la constitución colombiana de 1991, El Estado constitucional y el derecho internacional ¿El estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2018, p 178.

Dicho lo anterior a continuación se analizará el contenido material del TBI Colombia España, poniendo especial atención en los puntos más sensibles controversiales.

4.2 ANÁLISIS MATERIAL DEL ARTICULADO DEL TBI CELEBRADO ENTRE COLOMBIA Y ESPAÑA

4.2.1 Preámbulo

El texto aborda las intenciones habituales de este tipo de acuerdos, los cuales ponen como eje central la cooperación económica y la búsqueda de escenarios favorables a los inversionistas. En otras palabras, la intención oficial de estos tratados es la de concebir “un marco jurídico para la IED creando un ambiente de protección, transparencia, seguridad y previsibilidad para los inversionistas extranjeros”.²²²

En general el texto del preámbulo es muy similar a otros TBI que Colombia ha firmado, como el del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte²²³, el cual fue aprobado por la ley 1464 de 2011, o el firmado con Francia²²⁴, aprobado por la ley 1840 de 2017, sin que merezca mayor análisis este texto.

4.2.2 Artículo Primero. Definiciones

Este artículo se encarga de definir los conceptos que se manejarán en el acuerdo, tales como inversionista, persona física o natural, persona jurídica, inversiones, rentas de inversión y territorio.²²⁵

²²² CASTRO PEÑA, María Natalia, El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado N° 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017 [en línea] [fecha de consulta: 30 de agosto de 2018] doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02> p. 2

²²³ Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, elaborado en Bogotá, el 17 de marzo de 2010.

²²⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Bogotá, el 10 de julio de 2014, aprobado mediante la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, Diario Oficial número 50.191

²²⁵ Artículo Primero: 1. Por “inversionista” se entenderá cualquier persona física o natural o cualquier persona jurídica de una de las Partes Contratantes que haya efectuado o efectúe inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante. 2. Por “inversiones” se denomina todo tipo de activos de carácter económico que hayan sido invertidos por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte

Sobre la definición del término “inversión” en el tratado se observa un listado de conceptos y actividades que el mismo acuerdo señala, no se trata de un listado exclusivo o taxativo, lo cual resulta peligroso o por lo menos aventurado.

No limitar de manera clara lo que se entenderá por inversión, deja la puerta abierta a la interpretación de los árbitros de cada controversia, sin que ellos tengan tampoco elementos claros para resolver un eventual problema específico.

De los conceptos definidos en el tratado, se observa por ejemplo, el literal “a” del numeral segundo del artículo primero del TBI, el cual dice que será inversión “la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares”²²⁶

De lo transcrito surgen dudas que se pueden trasladar a ejemplos específicos: un ciudadano español vendió sus bienes en España, trasladó su residencia a Colombia, y adquirió una finca a las afueras de alguna ciudad del Caribe colombiano. Un año después, la autoridad territorial colombiana inicia una obra civil en donde una carretera pasará por el mentado inmueble, por lo que es necesario que el Estado colombiano adquiera ese bien para desarrollar su proyecto. El ciudadano español no tiene intención de vender el inmueble y se muestra reacio ante cualquier propuesta de la autoridad, naciendo entonces una controversia.

De lo anterior se puede pensar que el procedimiento jurídico que adelante la entidad territorial para adquirir el inmueble, como la expropiación, puede demandarse ante un

Contratante de acuerdo con la legislación de esta última incluyendo en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: 4. El término “territorio” designa el territorio terrestre, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo de cada una de las Partes Contratantes, así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extienden fuera del límite del mar territorial de cada una de las Partes Contratantes sobre las cuales estas tienen o pueden tener jurisdicción y/o derechos soberanos de acuerdo con las respectivas legislaciones y el Derecho Internacional.

²²⁶ Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006, artículo 1, numeral 2, literal a.

tribunal de arbitraje de inversión por parte de ese ciudadano español. Esto es así porque se trata de una inversión conforme con el citado literal “a” del numeral segundo del artículo primero del TBI Colombia – España.

Con este ejemplo, el ciudadano español no tiene la obligación de acudir a la justicia colombiana, pues como se verá, el TBI, así lo estipula. Además, tendrá la ventaja de unos términos de prescripción y/o caducidad más amplios que los de la justicia contenciosa administrativa colombiana. Solo por mencionar dos aspectos.

Finalmente, un eventual vecino colombiano de ese ciudadano español, a quien se le aplicará idéntico procedimiento, tendrá que acudir a la justicia colombiana con unos términos más cortos y en otras condiciones jurídicas.

Con este simple ejemplo se evidencia de manera clara el problema que surge al limitar de manera poco rigurosa lo que se entiende por inversión en el TBI Colombia – España.

4.2.3 Artículo Segundo. Promoción y admisión de las inversiones

Se trata de un artículo que de manera general impone a las partes a promover e incentivar las inversiones de inversionistas de la otra parte. Allí por primera y única vez se habla de un trato justo y equitativo, sin que se defina este concepto, lo cual perjudica a Colombia como se verá en el capítulo quinto, pues al no poner estándar alguno, el mismo queda a libre interpretación de los árbitros.

Se trata entonces de una escueta regulación, desprovista de cualquier referencia al estándar mínimo de trato, es decir, negociada con provisiones abiertas o de carácter autónomo y sin ligarla al estándar mínimo internacional de trato, como se viene haciendo en los nuevos tratados. Esto con el propósito proteger y garantizar los

derechos de los inversionistas extranjeros, pero con mayores parámetros de rigurosidad en cuanto a la revisión de una medida que pueda afectarlos.²²⁷

De esta manera, quedó incluido en el TBI el concepto de trato justo y equitativo, sin ninguna definición, es decir, pasó desapercibido, a tal punto que la Corte Constitucional en su revisión, no aborda en manera alguna este punto, ignorando, así como el gobierno que negoció el tratado, la gran importancia de este concepto en el derecho internacional de las inversiones.

El artículo también habla de protección y seguridad. Conceptos estos que se vienen a desarrollar en los subsiguientes artículos, y a los que se hará referencia con profundidad.

4.2.4 Artículo Tercero. Tratamiento Nacional y cláusula de Nación más favorecida²²⁸

Es esta una de las cláusulas más comunes, pero a la vez más controversiales de este tipo de tratados, pues genera una obligación al Estado receptor de la inversión, que se puede tornar complicada o compleja.

²²⁷ CASTILLO MENESES Yadira, El trato justo y equitativo en el arbitraje de inversiones, 31 de octubre de 2017 [en línea] [Fecha de consulta 29 abril 2020] disponible en: <https://ciarglobal.com/yadira-castillo-meneses-el-trato-justo-y-equitativo-en-el-arbitraje-de-inversiones/>

²²⁸ ARTÍCULO 3. “TRATAMIENTO NACIONAL Y CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA. 1. Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversionista. 2. Ambas Partes Contratantes concederán a los inversionistas de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o, en su caso, la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el acordado en circunstancias similares, a sus propios inversionistas o a inversionistas de un tercer Estado, el que sea más favorable al inversionista. 3. El tratamiento concedido en virtud de los apartados 1 y 2 del presente artículo no se interpretará en el sentido de obligar a cualquiera de las Partes Contratantes a hacer extensivo a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de su asociación o participación, actual o futura, en una zona de libre comercio, unión aduanera, económica o monetaria o en cualquier otra forma de organización económica regional o acuerdo internacional de características similares.”

Según Ampuero Miranda el trato nacional, “Es el primero de los estándares relativos y, al igual que el Trato de Nación más Favorecida (TNMF) tiene por finalidad colocar a los inversionistas, en este caso nacionales y extranjeros, en el mismo plano de competencia, en igualdad de condiciones [...] los Estados partes de los AII asumen la obligación, de carácter internacional, de otorgar un determinado trato a los inversionistas e inversiones del otro Estado parte, lo que legitima a este inversionista a reclamar por el daño que el Estado receptor le ocasione, buscando la compensación por el mismo (indemnización).”²²⁹

Definido el término, se puede pasar a estudiar las anunciadas complicaciones o complejidades que lleva aplicar esta cláusula. Un ejemplo de ello es el incentivo o estímulo que un Estado pudiera dar a sus nacionales pertenecientes a un sector de la economía con el fin de jalonar dicho sector. Esto sencillamente se torna imposible pues a la luz del estudiado TBI, se viola la citada cláusula del acuerdo y el Estado se expone a demandas internacionales.

Ampuero Miranda lo explica, señalando que se debe tener en cuenta los aspectos importantes de cada Estado en su desarrollo económico y la eventualidad que estos deseen reservar algunos sectores solo para sus nacionales, caso en el cual pueden establecer reservas o excepciones, respecto de las obligaciones de otorgar TN en los AII, incluyendo en cada acuerdo las denominadas Listas de Excepciones, que no es otra cosa que listados (que usualmente se incluyen en Anexos) en donde se indica si en determinados sectores se otorga o no el estándar ofrecido en el AII a los inversionistas o sus inversiones.”²³⁰

²²⁹ AMPUERO MIRANDA, Ana, Trato Nacional, Trato de Nación más favorecida, Nivel Mínimo de Trato y Expropiación en los Acuerdos Internacionales de Inversión, sf, [en línea] [fecha de consulta: 29 de enero de 2019] disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_xxxiv_curso_derecho_internacional_2007_Ana_A_Ampuero_Miranda.pdf p. 336

²³⁰ AMPUERO MIRANDA, Ana. Ob. Cit., p. 338.

Para este caso concreto, el TBI Colombia - España no trajo consigo excepciones a la cláusula, por lo tanto, Colombia ya tiene puesta esa camisa de fuerza, que le impide incentivar a sus nacionales en los frentes más sensibles de su economía.

En cuanto a la nación más favorecida, esta cláusula “implica que los Estados parte deben proporcionar a los inversionistas un trato no menos favorable que aquel otorgado en situaciones similares a inversionistas provenientes de un tercer Estado. El alcance de este estándar estará delimitado por los beneficios otorgados al tercer Estado”.²³¹

Lo anterior genera una problemática que el TBI Colombia - España no previó y por ende no reguló, y que ha generado problemas en otros tratados. Se trata del tipo o clase de beneficio que contempla esta cláusula, más exactamente, saber si los asuntos procedimentales o adjetivos también se ven cobijados por esta cláusula de la nación más favorecida. Por ejemplo, la convocatoria de un tribunal de arbitramento que no está contemplada de manera expresa en el tratado pero que se encuentra en otro tratado celebrado por una de las partes por un tercer Estado.

Esta cláusula también se usa para hacer malabarismos tributarios, pues en casos como Maffezini contra España el Tribunal abordó el asunto, señalando que “la cláusula de la nación más favorecida debe operar con una extensión limitada evitando promover el fenómeno de *Treaty-shopping*”²³² que son prácticas de elusión fiscal internacional, consideradas como ilegítimas por los Estados. En donde se hace uso de estructuras de

²³¹ DOLZER, R. y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, 179, Citado en CASTRO PEÑA, María Natalia, ob. cit., p. 10.

²³² GARCÍA, L. y ARÉVALO, W. Arbitraje de inversión. Definición y aspectos procesales relevantes. En: García, L.; Aljure, A., eds. Estudios contemporáneos de derecho internacional privado. Bogotá: Universidad del Rosario y Legis Editores, 2016, 243-278, Citado en CASTRO PEÑA, María Natalia, ob. cit., p. 10.

planificación fiscal artificiosas, para acceder al ámbito de aplicación de tratados que en principio no les serían aplicables.²³³

Sobre el punto de la aplicación de las cláusulas de solución de controversias, la opinión que surge es que no le es dable a un Estado alegar esta cláusula de la nación más favorecida para que se apliquen este tipo de cláusulas provenientes de otros tratados. Ello en atención a que no es este el objeto que se busca cubrir con estas cláusulas que fueron diseñadas para la aplicación de beneficios sustanciales o sustantivos tales como subvenciones laborales, comerciales etc. Además, la esencia y característica indiscutible de las cláusulas compromisorias, es que las mismas se pacten por las dos partes intervinientes por escrito, y no importarlas de otros instrumentos de manera hábil para buscar su aplicación cuando no fue pactada de manera expresa por las partes.

No obstante, en casos como Gas Natural SDG S.A. contra la República Argentina y Siemens A.G. contra la República Argentina los tribunales fallaron “a favor de la empresa, sosteniendo que el término “trato” de las cláusulas NMF del acuerdo bilateral de inversión entre la Argentina y Alemania y su referencia a actividades relacionadas con las inversiones eran lo suficientemente amplias para incluir la solución de controversias.”²³⁴

En este sentido, es claro que la problemática de la aplicación de este tipo de cláusulas es más común de lo que se cree, concluyendo que el TBI Colombia - España debió regular de manera clara ese punto.

²³³ PACHÓN LUNA, Andrés, El Treaty Shopping como fenómeno de elusión fiscal internacional en los convenios de doble imposición suscritos por Colombia, 2009, P. 102

²³⁴ MORTIMORE, Michael, Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, noviembre de 2009, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No. 188, Publicación de las Naciones Unidas ISSN versión impresa 1020-5179, ISBN: 978-92-1-323329-0 LC/L.3049-P, ISSN versión electrónica 1680-8754, p 59

Otra opción para remediar esta problemática era que la Corte Constitucional, en sede de control de constitucionalidad, declarara condicionalmente exequible el artículo tercero del TBI Colombia – España. Esto bajo el entendido que la cláusula de la nación más favorecida solo se aplica a temas sustanciales o sustantivos y no a asuntos procedimentales como la solución de controversias o el agotamiento de reclamos ante los tribunales locales entre otros.

En su lugar, la Corte Constitucional, aunque le dedica un buen fragmento a este importante artículo, señala en resumen lo siguiente:

“Tampoco merece reproche el artículo 3º del Acuerdo, que consagra las conocidas cláusulas de Tratamiento Nacional y Nación Más Favorecida, típicas en el modelo de convenios al que pertenece el presente acuerdo. La Corte Constitucional ha dicho a este respecto que por virtud de dichas cláusulas, “un Estado se obliga a dar a otro un trato no menos favorable que el que se concede a sus propios nacionales o a los nacionales de cualquier tercer Estado.”²³⁵

Como evolución de este somero análisis que hizo la Corte en el estudio de TBI con España, se tiene la sentencia C – 252 de 2019 que estudió la constitucionalidad del TBI con Francia, sentencia esta que rige solo para el tratado con Francia. En esa providencia la Corte resume una serie de argumentos en contra de esta cláusula así:

i) La cláusula de NMF genera la importación de cláusulas de otros tratados; ii) La cláusula de NMF cubre las obligaciones emanadas del derecho internacional existente y posterior al acuerdo estudiado; iii) La cláusula de NMF genera un efecto cascada de obligaciones a cargo del Estado frente a un inversionista; iv) La cláusula de NMF genera pérdida de importancia sobre lo negociado; v) La limitación para que el Estado adopte medidas para garantizar el orden público es contraria a la conveniencia nacional.²³⁶

²³⁵ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-309/07 del 3 de mayo de 2007.

²³⁶ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-252 del 6 de junio de 2019.

A pesar de estos argumentos, la Corte decidió declarar exequible la norma. Únicamente frente a algunas expresiones añadió que quedaban bajo “el entendido de que se interprete en el contexto del preámbulo del TBI, de tal manera que respete la libertad de configuración y la autonomía de las autoridades nacionales para efectos de garantizar el orden público.”²³⁷

De lo anterior se concluye que el control constitucional hecho al TBI con España no fue riguroso, pues no abordó la problemática del asunto. En este caso la Corte le dio la espalda al estudio comparado de casos que resuelven la aplicación de esta cláusula en los tribunales de arbitraje. Si lo hubiera hecho, quedaría evidenciado que en la práctica el inversionista saca provecho de la cláusula para solicitar aplicación de aspectos procedimentales de otros tratados, no pactados expresamente por las partes.

4.2.5 Artículo Cuarto. Nacionalización y Expropiación²³⁸

Es este el punto central de la presente investigación, pues amparado en este artículo, GNF pretende la millonaria indemnización alegando expropiación del Estado colombiano, al ordenar la toma de posesión de la empresa con fines liquidatorios²³⁹.

Los numerales primero y segundo del artículo cuarto del TBI Colombia - España estipulan lo que se puede entender por expropiación y las causales que la permiten. En términos generales la norma busca proteger al inversionista de abusos y de actuaciones unilaterales del Estado receptor de la inversión. No obstante, la redacción

²³⁷ *Ibíd.*

²³⁸ ARTÍCULO 4. NACIONALIZACIÓN Y EXPROPIACIÓN. “1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante “expropiación”) excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 2. La indemnización será equivalente al justo valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante “fecha de valoración”). 3. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.”

²³⁹ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD – 20171000005985 del 14 de marzo de 2017.

genérica y amplia de la norma, deja al inversionista en un escenario de interpretación muy extenso, que lo lleva al terreno de alegar fácilmente la expropiación en casos como el que se está estudiando.

Para abordar de manera adecuada el análisis de la norma, lo primero es acercarse a la definición del término expropiación, el cual, no es de fácil construcción. Faya Rodríguez dice que la expropiación “es una vieja institución de derecho público que encuentra respaldo en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales. Esta forma implica una transferencia obligatoria del título de propiedad o la inmediata ocupación o confiscación de un derecho de propiedad.”²⁴⁰

El tribunal de arbitraje del caso SD Myers contra Canadá²⁴¹, dice que “el término trae consigo la connotación de una toma por una autoridad gubernamental de la propiedad de una persona con el objetivo de transferir la propiedad a otra persona, normalmente la autoridad que ejerce su poder de jure o de facto para ordenar la toma”²⁴²

Con el concepto definido, se puede pasar a revisar la estructura de la norma estudiada, la cual de entrada trae la prohibición de expropiación y de cualquier otra

²⁴⁰ FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, ¿Cómo se Determina una Expropiación Indirecta Bajo Tratados Internacionales en Materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo, 2013 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea] [fecha de consulta: 29 de enero de 2019] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf> p. 219

²⁴¹ En este caso, la empresa demandante se dedicaba al mantenimiento y reparación de transformadores y otros equipos eléctricos industriales. Hacían pruebas de aceite para transformadores, recuperación de petróleo y rebobinado, reconstrucción y fabricación de transformadores. Para ello, se usaba un compuesto químico que se utiliza en transformadores eléctricos, con un nivel muy alto de contaminación, se denomina bifenilo poloriclorado (PCB). En 1973 inician las regulaciones, cuando la OCDE, de la cual CANADÁ es miembro, adoptó una Decisión del Consejo que insta a los países miembros a limitar el uso de PCB y controlarlos de una manera diseñada para minimizar el riesgo para la salud humana y el medio ambiente. Posteriormente, junto con otras naciones, EE. UU. y CANADÁ prohibieron la producción futura de PCB y se unieron a la comunidad internacional para tratar de determinar la mejor manera de resolver el problema ambiental sustancial causado por los PCB existentes. De ahí en adelante, se desencadena una serie de actuaciones y regulaciones de las autoridades canadienses que son alegadas por la demandante como violación del NAFTA en sus cláusulas de trato nacional, trato justo y equitativo, prohibición de expropiación.

²⁴² *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada. UNCITRAL Arbitration. Partial Award of November 13, 2000. Para. 280*, citado en FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, ob. cit., p 220.

medida similar sin mayores detalles o definiciones. Es más, el propio término no se encuentra definido en el artículo primero del TBI Colombia - España, siendo esta una lamentable omisión, pues el acuerdo no determina de manera clara que se entienda por expropiación, pero si la prohíbe y consagra excepciones.

González de Cossío aborda el punto diciendo que lo abstracto de estos términos ha generado preocupaciones, y esto ha motivado sugerencias como la de definir y limitar el alcance del concepto. Sin embargo, este mismo autor dedica varias líneas a defender y explicar las razones que llevan a no definir estos puntos en los TBI. En resumen, afirma que ello obedece a que estos acuerdos consagran una regulación estándar más del derecho anglosajón, que la reglada, propia del derecho continental, dejándole al juez, como persona sabia, la tarea de interpretar y resolver cada caso concreto.²⁴³

En cuanto a las mencionadas excepciones de expropiación, es notable que las mismas tampoco son diáfanas en su concepción, pues de manera escueta la norma dice que por razones de utilidad pública o interés social, se podrá expropiar siempre que se respete el debido proceso. Esto nos vuelve a poner en el extenso escenario de la interpretación y del subjetivismo, ya que los mentados conceptos en el derecho interno e internacional tienen infinitas concepciones.

Identificada la generalidad como una característica del acuerdo estudiado, esta vuelve a aparecer para señalar que “la indemnización será equivalente al justo valor del mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación”. Siendo esta regulación algo insuficiente y corta, poniendo los valores a pagar netamente en manos de peritos, quienes no tendrán límites en su trabajo a la hora de tasar los valores.

²⁴³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Medidas Equivalentes a Expropiación en Arbitrajes de Inversión, sf, [en línea] [fecha de consulta: 1 de febrero de 2019] disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/MEDIDAS%20ARBITRAJE%20DE%20INVERSION.pdf> p 14 a 16.

Sobre la mencionada generalidad de estos tratados, Bohoslavsky señala lo siguiente:

“A diferencia de lo que ha ocurrido con el comercio mundial, detalladamente regulado en el marco de la OMC, las reglas jurídicas contenidas en los TBIs establecen ciertos principios aplicables en caso de disputa entre un inversor extranjero y el Estado que lo aloja, cuyos contenidos aún son imprecisos. Esto ha significado, en la práctica, un amplio margen de discrecionalidad y creatividad a favor de los árbitros, que no pueden excusarse de resolver las disputas en virtud de lagunas legales.”²⁴⁴

Continuando con el análisis de la norma, se observa otra problemática que surge cuando la llamada expropiación se da con arreglo a las leyes internas del Estado receptor de la inversión, que es alegada como abusiva en el escenario internacional. Al respecto, Enrique Gil Botero abordando el tema de la ley aplicable, señalando que es posible que la tensión entre el derecho interno y el internacional este dada porque bajo el derecho interno se reconozca como lícita una expropiación o un trato arbitrario que son incompatibles con el derecho internacional. Frente a ese escenario, “el estándar mínimo internacional de trato reflejado en reglas para la protección del extranjero, como la prohibición de denegación de justicia o la prohibición de la expropiación discriminatoria o la violación del principio del *pacta sunt servanda*, son de obligatoria aplicación. La aplicación de esta estándar ocurre indistintamente del derecho aplicable que hayan escogido las partes.”²⁴⁵

Descendiendo al caso Electricaribe, es claro que el TBI Colombia - España no abordó en manera alguna las eventuales tensiones que pueden surgir entre el derecho interno e internacional, pues en casos como el estudiado, se observa de entrada que el Estado colombiano toma las medidas en contra de Electricaribe, con arreglo a su legislación interna y respetando el debido proceso. Lo que llevaría a pensar en principio, que no

²⁴⁴ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento) CEPAL – Colección Documentos de proyectos, Naciones Unidas, , Santiago de Chile, julio de 2010, p 33.

²⁴⁵ SCHREUER, Christoph. *International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID*. Op. Cit., p. 101, citado por GIL BOTERO, Enrique, Ob. Cit., p. 2484.

hubo expropiación. Sin embargo, en los siguientes capítulos se abordará el tema en detalle, evidenciándose algunos factores que abren la puerta a la expropiación, como lo es la remoción de representantes legales y el nombramiento de otros designados por el estado receptor de la inversión.

Finalmente, se debe revisar lo que la Corte Constitucional en el estudio del TBI con España, analiza el artículo sin mayores disquisiciones para declararlo exequible de manera total, así:

“Las normas del artículo 4º son constitucionales en tanto consagran medidas de salvaguarda para la inversión extranjera, cuyo claro propósito es generar confianza en el inversionista respecto del tratamiento seguro de su capital. Las disposiciones del artículo prevén soluciones para eventos que en la práctica implican un perjuicio sensible para los intereses de quien hace la inversión. La nacionalización de la inversión o la expropiación de la misma.”²⁴⁶

Se observa un análisis predecible y algo ingenuo de la Corte, ya que es claro que la intención del artículo es loable, pues como viene dicho, busca proteger al inversionista extranjero de posibles abusos. No obstante, aunque la norma estudiada no es inconstitucional, si se ve el análisis de la Corte algo liviano, pues si se hubiera detenido a analizar por lo menos una de las problemáticas aquí planteadas, seguramente hubiera podido condicionar de una u otra manera el artículo. Así lo hizo en la Corte en la reciente sentencia del TBI con Francia en donde resumió varios argumentos en contra de esta cláusula así:

i) La expropiación indirecta genera efecto de enfriamiento regulatorio, por ende es contraria a la Constitución Política; ii) Trasgrede el principio de igualdad en relación con el artículo 58 de la Constitución Política, en tanto a los inversores franceses se les protegen sus expectativas como si se tratara de propiedad privada; iii) Se limita la

²⁴⁶ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-309/07 del 3 de mayo de 2007.

capacidad del Estado para otorgar licencias obligatorias en el marco de la propiedad intelectual, lo cual atenta contra el principio de conveniencia nacional.²⁴⁷

Sobre este punto, en el capítulo quinto se revisará la declaratoria de exequibilidad condicionada que la Corte hizo en la sentencia C – 252 de 2019 y las posiciones de la doctrina frente a esta decisión.

4.2.6 Artículo Quinto. Compensación por pérdidas²⁴⁸

Se trata de la reiteración de las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida aplicadas a un caso específico, el de las pérdidas por razones de guerra, conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar.

Con este artículo se garantiza la aplicación de estas cláusulas a fin de compensar o indemnizar a la parte contratante que sufra daños por la ocurrencia de los mentados acontecimientos. No teniendo más que agregar a este análisis, pues el tema se agotó cuando se abordó el estudio de las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida del artículo tercero del TBI Colombia - España.

4.2.7 Artículo Sexto. Transferencias

Se trata de un artículo que garantiza al inversionista la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones, sin prórrogas ni obstáculos o limitaciones. Exceptuando los casos en donde el Estado receptor de la inversión pretenda proteger los derechos de los acreedores o asegurar el pago de condenas penales y resoluciones o sentencias en procedimientos administrativos o judiciales.

²⁴⁷ Corte Constitucional colombiana, sentencia C – 252 del 6 de junio de 2019.

²⁴⁸ “Los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante sufran pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar, gozarán en cuanto a restitución, indemnización, compensación u otro acuerdo, del mismo tratamiento que la última Parte Contratante concede a los inversionistas propios, o del tratamiento otorgado por virtud de la cláusula de Nación Más Favorecida.”

Este artículo, al no tratar un asunto sustancial, no genera dificultades ni reparos. Así lo manifestó la Corte Constitucional en su estudio, agregando que “las transferencias a que hace referencia el Acuerdo suscrito constituyen típicas operaciones cambiarias, la Corte reitera las consideraciones previamente hechas por el Tribunal en el sentido de que la aplicación del convenio aquí estudiado no implica la reducción de ninguna de las potestades que la Constitución Política y la ley confieren al Banco de la República en materia de política cambiaria y manejo de reservas internacionales (art. 372 C.P. y Ley Marco 9 de 1991).”²⁴⁹

4.2.8 Artículo Séptimo. Otras disposiciones

Este artículo consagra otra forma de aplicación de las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida, por lo que es suficiente con emitirse al análisis hecho en su momento.

4.2.9 Artículo Octavo. Subrogación

El artículo estipula o implementa un mecanismo, que faculta al seguro del inversionista a subrogarse en los derechos de este. Es decir, regula la típica figura de subrogación que se observa habitualmente en la normatividad de seguros, esto con el objeto de perseguir los reclamos que surgen del siniestro. “La disposición añade un elemento de seguridad a la inversión al impedir que la extensión de una póliza sobre el capital de inversión se constituya en razón para negar el reconocimiento de las indemnizaciones correspondientes”²⁵⁰

Esta cláusula de subrogación, es otra de las llamadas cláusulas tipo en los TBI, y se concibe así “frente a la realidad que los mayores países exportadores de capital proveen prestaciones de seguro para sus inversores nacionales con inversiones en el exterior, la cláusula de subrogación, incorporada en los APPRI, garantiza al ente gubernamental que hubiera asegurado al inversor en el exterior la efectiva

²⁴⁹ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-309/07 del 3 de mayo de 2007.

²⁵⁰ *Ibíd.*

subrogación de los derechos de éste en virtud del APPRI, con la finalidad de proseguir contra el Estado infractor las acciones correspondientes.”²⁵¹

4.2.10 Artículo Noveno. Solución de controversias entre las partes contratantes

Este artículo regula la solución de controversias entre las Partes Contratantes, es decir, entre Colombia y España como Estados, para dirimir conflictos concernientes a la interpretación o aplicación del TBI firmado.

Se pacta como primera ruta de arreglo la vía diplomática y como segunda el tribunal de arbitraje, reglando el nombramiento de árbitros y señalando que tribunal “decidirá sobre la base de las disposiciones contenidas en el presente Acuerdo y los principios generalmente admitidos de Derecho Internacional.”²⁵². Dándole también facultad al tribunal de crear su propio procedimiento.

Este artículo, no reviste mayor controversia, pues se trata de la resolución de conflictos entre los países firmantes.

4.2.11 Artículo Décimo. Controversias entre una parte contratante e inversionistas de la otra parte contratante²⁵³

Es este el artículo más extenso y más controversial de todo el tratado. En principio parece que se trata de una simple cláusula compromisoria de resolución de conflictos.

²⁵¹ GRANATO, Leonardo, NAHUEL ODDONE, Carlos, ob. cit., p. 37.

²⁵² Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006, artículo 9.

²⁵³ “3. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 2, la controversia podrá someterse, a elección del inversionista, a: a) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; o b) un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o c) el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se podrá resolver conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de hechos por la Secretaría del C.I.A.D.I.”

No obstante, la misma lleva implícita una forma leonina de resolver los conflictos. Esto debió ser tenido en cuenta por el Estado colombiano a la hora de negociar el tratado, y más aun, debió haber sido estudiado por la Corte Constitucional, al momento de realizar el correspondiente control.

La cláusula consagra como primera ruta el arreglo directo, pero en caso de no tenerse éxito en esta instancia, el conflicto podrá ser llevado por la parte reclamante a cualquiera de los siguientes tres escenarios:

- a. “Los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión.”²⁵⁴

Esta primera opción no genera mayores problemas, pues, esta es la mejor manera de resolver los conflictos en tratados como el TBI Colombia – España. Esto en razón a que la justicia interna de estos dos Estados es independiente y autónoma, gozando además de reconocimiento internacional, por lo que esta vía es la más adecuada y justa.

Lo anterior es un llamado a reivindicar la doctrina Calvo, que busca que los extranjeros agoten los recursos jurisdiccionales nacionales y no recurrieran a los estrados internacionales o a la protección diplomática.²⁵⁵

Autores como Daniel Rivas, defienden esta tesis, pues sostiene que lo contrario es un “desconocimiento de nociones tradicionales -y anteriormente inquebrantables- del

²⁵⁴ *Ibíd.*

²⁵⁵ ESLAVA Luis, OBREGÓN Liliana y UREÑA René, *Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): ayer y hoy, imperialismo y derecho internacional*, Siglo del Hombre editores, 2016, Bogotá, p 52.

derecho internacional, como la subsidiaridad y el agotamiento de los recursos internos”²⁵⁶

Los otros dos escenarios de resolución de conflictos son los siguientes:

- b. “Un tribunal de arbitraje ad hoc establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional.
- c. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.”²⁵⁷

Los anteriores escenarios de resolución de conflictos, es decir, el “b” y el “c” contemplados en el artículo decimo del TBI Colombia - España, son los que generan los mayores reparos. Esto en razón a que, como ya se expuso de manera extensa en el capítulo segundo, tribunales como el CIADI, hoy se encuentran en crisis de credibilidad y seriamente cuestionados en su imparcialidad, por lo que Colombia debió haber tenido en cuenta este punto a la hora de negociar el tratado.

Es entonces un error aceptar esta cláusula en el TBI Colombia - España, ya que sus resultados eran previsibles, siendo insuficiente el análisis de la Corte Constitucional, pues aprobó sin reparo alguno esta estipulación.

²⁵⁶ RIVAS-RAMIREZ, Daniel, El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del derecho internacional público, El Estado constitucional y el derecho internacional ¿el estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2018, p 68

²⁵⁷ Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006, artículo 9.

Únicamente se registró la voz disonante de dos magistrados que salvaron su voto señalando que “el Estado no sólo admite que unos inversionistas extranjeros no se sometan ni a sus jueces ni leyes, sino que además acepta él someterse, de forma irrevocable, definitiva, para todos los casos, a instancias judiciales internacionales.”²⁵⁸

Pasando a otro punto importante, la mentada cláusula estipula como límite para reclamar, tres años contados a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de vulneración. Así, se le otorga un plazo mayor al establecido por la jurisdicción interna, concediendo al inversionista extranjero una condición más favorable que la contemplada para los nacionales, configurándose otro error de Colombia en la negociación del TBI.

Así lo dijo el salvamento de voto en la Corte Constitucional:

“El Estado colombiano no sólo aceptó que un inversionista extranjero pudiese libremente elegir si se somete o no a su jurisdicción; le otorgó para ellos unos términos de caducidad muy superiores a aquellos que con los que cuentan los nacionales para acceder a la administración de justicia, sino que, de manera definitiva, irrevocable y anticipada aceptó someterse a instancias arbitrales internacionales, desconociendo de esta forma el principio de soberanía estatal, consagrado en el artículo 9 Superior.”²⁵⁹

Es esta entonces la cláusula que mayores problemas genera, considerando desde ya como un error, haberla aceptado en esos términos, yendo en contravía de la realidad mundial, y de la mala experiencia vivida en Suramérica.

²⁵⁸ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-309/07 del 3 de mayo de 2007, Salvamento de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁵⁹ *Ibidem*.

En sentencias actuales como la C – 252 de 2019, que estudia el TBI con Francia, la Corte, aunque declara exequible este tipo de cláusulas, hace un estudio más riguroso del tema.

Así, esta alta corporación resume los argumentos en contra de este tipo de cláusulas señalando que con ellas se “Vulnera el principio de igualdad en relación con el artículo 90 de la Constitución Política, por cuanto las reglas de indemnización de los tribunales de arbitraje no son claras. Por esta razón, también desconoce el principio de sostenibilidad fiscal.”²⁶⁰

De igual manera, resume las solicitudes de declaración de exequibilidad pero con declaraciones interpretativas así:

1. “El arbitraje internacional de inversiones es compatible con el artículo 116 de la Constitución Política.
2. El efecto de esta cláusula es que los tribunales de arbitraje es la revisión de leyes, actos administrativos y políticas públicas.
3. Declaraciones interpretativas en el sentido de que:
 - a. La jurisdicción arbitral debe ser compatible con las obligaciones de derechos humanos adquiridas por Colombia.
 - b. Las reglas de transparencia de la CNUDMI no deben ser optativas y debe existir un derecho especial de participación de comunidades indígenas en el trámite del arbitraje internacional.
 - c. La jurisdicción arbitral debe adoptar un estándar de escrutinio deferente hacia las decisiones de la Corte Constitucional.”²⁶¹

Finalmente, la Corte resuelve declarar exequible este artículo dejando pasar una vez más la oportunidad de cerrar la puerta a este tipo de justicia asimétrica.

²⁶⁰ Corte Constitucional colombiana, sentencia C – 252 del 6 de junio de 2019.

²⁶¹ *Ibíd.*

4.2.12 Artículo Undécimo. Ámbito de aplicación

Este artículo regula de manera clara el alcance del TBI, el cual cobija inversiones pasadas, pudiendo ser este el punto a discutir, pues de esta manera quedaron cobijados casos como el de Electricaribe. Siendo quizá más conveniente, aplicar el acuerdo para casos futuros, con el fin de tomar las pertinentes previsiones y de esta manera evitar controversias como la aquí estudiada.

4.2.13 Artículo Duodécimo. Consultas y Artículo Décimo Tercero. Entrada en vigor, duración y terminación

Estos artículos no son objeto de mayor análisis, pues se trata de asuntos de trámite que no generan comentarios mayores, más que atenerse al tenor literal de las normas. En virtud de este artículo, en la actualidad Colombia y España se encuentran en proceso de revisión y renegociación de este tratado. Sin embargo, no se tiene ningún tipo de información al respecto, pues “la propuesta y textos que las partes negocian son confidenciales”²⁶²

De esta manera se completa el análisis crítico del TBI Colombia - España.

4.3 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Quedó demostrado que el TBI estudiado afecta negativamente a Colombia, por lo que, en futuras negociaciones, Colombia debe exigir más rigurosidad en aspectos clave de este tipo de tratados. Así, los puntos sensibles son: las definiciones y conceptualizaciones de instituciones como la expropiación, los estándares de trato justo y equitativo, nación más favorecida y el trato nacional, entre otras. Esto con el fin de tener seguridad jurídica sobre estos temas.

²⁶² Ministerio de Comercio Industria y Turismo, 31 de diciembre de 2019, respuesta a derecho de petición con radicado No. 1-2019-037997.

Colombia en futuras negociaciones de tratados bilaterales de inversión deberá excluir de manera expresa, la resolución de controversias en tribunales de arbitraje internacional de inversión como el CIADI. La solución es someter al inversionista a la justicia ordinaria del estado receptor de la inversión.

Colombia debe repensar y modificar la política exterior en materia de derecho económico internacional, partiendo de una seria reflexión y estudio de conveniencia de este tipo de tratados. Teniendo en cuenta que, como lo señala el profesor Bernardo Vela, que “No hay una relación directa entre inversión extranjera y desarrollo”²⁶³. Es claro también que “No se ha probado que suscribir un TBI garantiza la atracción de inversiones extranjeras. En América Latina el país que atrae la mayor parte de inversión extranjera que va al hemisferio es Brasil, el cual atrajo US \$ 64 mil millones en el año 2013, más del 20% del total de inversión extranjero que recibió América Latina. Sin embargo, Brasil no ha ratificado un solo TBI, ni es parte de la Convención CIADI.”²⁶⁴

Así las cosas, teniendo claro el punto de partida de este litigio, el cual no es otro que el TBI que se acaba de analizar, es pertinente ahora, abordar el caso objeto de esta investigación, pues ya se cuenta con todos los insumos preliminares que facilitarán el análisis del caso Electricaribe.

²⁶³ VELA ORBEGOZO, Bernardo. El dilema del CIADI: ¿Garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p.231.

²⁶⁴ GARCÍA-BOLÍVAR Omar, La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma, marzo de 2015, [en línea] [Fecha de consulta 30 de abril de 2020] disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500137

CAPITULO V. GAS NATURAL FENOSA CONTRA EL ESTADO COLOMBIANO ¿HUBO EXPROPIACIÓN?

En este capítulo final se demostrará que el estado colombiano no expropio a GNF, pues no se cumplió con ningunos de los presupuestos de expropiación que la doctrina, la jurisprudencia y los laudos arbitrales han diseñado y desarrollado para resolver este tipo de casos.

Para ello, a continuación se analizarán, a la luz del caso concreto, cada uno de los conceptos, casuales o presupuestos necesarios para declarar una expropiación.

Inicialmente se expondrá la noción de expropiación en el marco de los acuerdos de inversión y su trato en Colombia. Después se abordarán los conceptos de expropiación directa e indirecta y la tensión generada con la potestad regulatoria de los estados. Posteriormente se analizará la expropiación indirecta en el caso Electricaribe haciendo una rigurosa revisión de todos los estándares que se tienen en cuenta, para terminar con las conclusiones y una breve mirada a la estrategia de las partes.

5.1 NOCIÓN DE EXPROPIACIÓN EN EL MARCO DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN Y SU TRATO EN COLOMBIA

La expropiación es la medida que toma la autoridad para privar o sustraer al inversionista de sus bienes e inversiones. Esta se encuentra permitida por los tratados internacionales de inversión cuando sobre ella median estas condiciones: que cumpla con un objetivo público y legítimo, que no sea discriminatoria, que cumpla con el debido proceso, y que sobre ella medie una justa y pronta indemnización.²⁶⁵

²⁶⁵ UREÑA René, Después de la fragmentación: ICCAL Derechos Humanos y arbitraje de inversiones, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la

Doctrinantes como Schill y Djanic señalan que con este tipo de medidas se crea un marco jurídico para la gobernanza de las relaciones internacionales de inversiones, para tratar de superar las deficiencias institucionales y reducir el riesgo político asociado con inversiones en países con marcos de gobernanza débiles.²⁶⁶

En el caso objeto de estudio, Colombia pactó con España que “Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante "expropiación") excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.”²⁶⁷

La anterior clausula corresponde a la misma redacción que se viene incorporando en todos los tratados de inversión y que, viene siendo modificada agregando más contenido en los tratados de última generación, siendo ejemplo de ello, el suscrito entre Colombia y Francia²⁶⁸, el cual contiene una clausula más robusta y detallada, pero sin abandonar el sentido que se viene señalando.

tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 61, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

²⁶⁶ SCHILL Stephan y DJANIC Vladislav, El derecho internacional de las inversiones y los intereses comunitarios, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 184, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

²⁶⁷ Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006.

²⁶⁸ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Bogotá, el 10 de julio de 2014, aprobado mediante la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, Diario Oficial número 50.191

El tratado con Francia “prevé que, para determinar si una medida constituye o no expropiación indirecta, se debe llevar a cabo un análisis caso a caso con base en los siguientes factores: (i) el grado de interferencia en el derecho de propiedad, (ii) el impacto económico y (iii) las consecuencias de la medida en “las expectativas legítimas del inversionista”. Por último, estipula que no constituyen expropiación indirecta las medidas (i) adoptadas para proteger objetivos legítimos de política pública, cuando sean (ii) necesarias y (iii) proporcionales.”²⁶⁹. Esta regulación no se ve en el TBI con España, pues este es más general y recoge solo algunos de estos conceptos.

Este tipo de cláusulas, como viene dicho, ha sido objeto de control de constitucionalidad, el cual siempre ha sido superado. Las únicas excepciones que la Corte Constitucional ha establecido, están en la sentencia que estudia el mentado tratado suscrito con Francia, y en la sentencia del tratado con Israel. En estas providencias se ordena que se adelanten gestiones para propiciar la adopción de una declaración interpretativa conjunta con sobre condicionamientos que hizo la misma Corte a expresiones contenidas en la cláusula, tales como “expectativas legítimas” y la expresión “necesarias y proporcionales”.²⁷⁰

Esta exequibilidad condicionada ha sido objeto de críticas, entre ellas, esta la del profesor Federico Suarez, el cual sostiene que “si la Corte tenía objeciones serias con respecto a la constitucionalidad de ciertas expresiones, como en efecto las tenía, habría sido más práctico, para la aplicación del tratado, la declaratoria de inexecutable o inconstitucionalidad parcial de los apartes que contrariaban la Carta Política. Más aún cuando la declaración interpretativa deberá ser acordada con Francia y porque esta no estará sometida a consideración del Congreso, de la opinión pública ni de la propia Corte.”²⁷¹

²⁶⁹ Corte Constitucional colombiana, sentencia C – 252 del 6 de junio de 2019.

²⁷⁰ *Ibidem*.

²⁷¹ SUÁREZ, Federico, Sentencia C-252 del 2019 de la Corte Constitucional de Colombia: Cambio de precedente en el control a los TBI, septiembre 19 de 2019, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero

Continuando con los análisis hechos por la Corte colombiana, esta identifica muy bien los estándares de los tribunales arbitrales internacionales, pues en sentencias como la C – 608 de 2010, señaló que estos paneles arbitrales han señalado como expropiaciones indirectas actos de gobiernos como:

(i) la declaración de una zona protegida para la conservación de una especie vegetal desértica, aunada a la denegación de un permiso de construcción en el lugar en donde se llevaría a cabo la inversión²⁷²; (ii) la interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental (Consejo de Medios), a efecto de permitir que el inversionista doméstico dé por terminado un contrato que se reputaba importante para que el inversionista extranjero realizara su inversión²⁷³; (iii) la revocatoria de una licencia de funcionamiento de un depósito de desechos tóxicos²⁷⁴; (iv) la imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrearán la consecuencia de hacer económicamente insostenible la inversión²⁷⁵; (v) la revocatoria del certificado de zona de libre comercio y la consecuente prohibición de importar²⁷⁶ y (vi) la imposición de administradores designados por el Estado receptor de la inversión²⁷⁷. En esa misma sentencia, la Corte reconoció que, en “materia de expropiaciones indirectas, no sólo está de por medio la protección de la propiedad privada y la primacía del interés general sobre el particular, como sucede en materia de expropiación directa, sino además el ejercicio de las facultades regulatorias estatales, encaminadas a la protección de intereses legítimos como son la salud pública, la seguridad y el medio ambiente”²⁷⁸.²⁷⁹

Conforme con lo anterior, es claro que en la actualidad la prohibición de expropiación sin indemnización es ya una institución del derecho internacional de las inversiones. También, se tiene que esta institución es aceptada abiertamente por Colombia, con un juicio de constitucionalidad claro aunque cuestionado por doctrinantes como

2020] disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>

²⁷² *Metalclad Corp. v México*, ARB (AF)/97.1, TLCAN, 2001.

²⁷³ *CME v la República Checa*, UNCITRAL Tribunal Arbitral, Laudo parcial, 2001.

²⁷⁴ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v México* ARB (AF)/00/2, 2003.

²⁷⁵ *Revere Copper and Brass Inc. v Overseas Private Investment Corporation*, 1978.

²⁷⁶ *Goetz and Others v República de Burundi*, ICSID, 1998.

²⁷⁷ *Starrett Housing Corp. v Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983.

²⁷⁸ Corte Constitucional colombiana, sentencia C-608 del 3 de agosto de 2010.

²⁷⁹ Corte Constitucional colombiana, sentencia C – 252 del 6 de junio de 2019.

Magdalena Correa, que hace una crítica cerrada a todos los estamentos estatales que vienen avalando este tipo de cláusulas, empezando por el Gobierno Nacional, pasando por el Congreso de la República y terminando en la Corte Constitucional.

Refiriéndose a la Corte, Magdalena Correa señala:

“Es necesario un control de constitucionalidad previo con test estricto o riguroso para las cláusulas que conforme la experiencia tengan la capacidad de neutralizar o disminuir el estado democrático y social de derecho. Un control que, además de analizar la justificación constitucional para la firma y aprobación, rinda cuenta de la idoneidad de las cláusulas específicas que contiene para alcanzar las finalidades perseguidas, pero sobre todo del carácter indispensable de las obligaciones internacionales adquiridas, y de la ponderación entre las ventajas y desventajas que acarran, sus costos y beneficios y el resultado que en definitiva pueden asegurar en términos de bienes y derechos limitados y perseguidos.”²⁸⁰

Dejando de lado la posición de la Corte Constitucional colombiana y las fundadas críticas a ella, se continúa con el estudio de la expropiación.

Dentro de las varias modalidades de expropiación que la doctrina ha clasificado, se tienen entre otras la llamada expropiación progresiva, la oculta, la de facto y la equivalente. No obstante, las más usadas y definidas son la expropiación directa e indirecta, las cuales vienen siendo abordadas por la doctrina, la jurisprudencia y por sinnúmero de laudos arbitrales que estudian pretensiones de este tipo y las resuelven, afrontando el asunto de la expropiación dentro de esta doble clasificación.

²⁸⁰ CORREA HENAO, Magdalena, El control de constitucionalidad de los acuerdos de inversión en Colombia. Análisis de la cláusula de expropiación indirecta. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al diálogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 545, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

Partiendo de esta clasificación, se debe señalar que la más compleja y problemática es la denominada expropiación indirecta. Lo anterior es así porque este tipo de expropiación es la que ha venido generando mayor proliferación de demandas y viene siendo objeto de mayores pronunciamientos dentro de la doctrina, los laudos arbitrales y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales.

La mencionada proliferación de este tipo de demandas con pretensiones de expropiación, según Julián Tole, obedece a políticas estatales que “solo favorecen los derroteros neoliberales de apertura económica por medio de TLC o TBI”²⁸¹ siendo este un diagnóstico que se menciona por su importancia, pero sobre el que no se profundiza porque escapa a lo pretendido con la presente investigación.

5.2 EXPROPIACIÓN DIRECTA

El concepto de expropiación directa nunca ha sido problemático. Es una vieja institución de derecho público que encuentra respaldo en la mayoría de los sistemas jurídicos nacionales que implica una transferencia obligatoria del título de propiedad o la inmediata ocupación o confiscación de un derecho de propiedad. Normalmente, el Estado o un tercero designado por este se beneficia directamente de la medida²⁸².

Este concepto es de amplia aceptación, pues pasa por un tamiz de índole formal, es decir, será expropiación directa lo que lleve el nombre de expropiación y sea objeto del procedimiento instituido para ello.

²⁸¹ TOLE MARTÍNEZ Julián, La neutralidad de la constitución económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión? El Estado constitucional y el derecho internacional ¿el estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018 p 210.

²⁸² FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, ¿CÓMO SE DETERMINA UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA BAJO TRATADOS INTERNACIONALES ¿EN MATERIA DE INVERSIÓN? UN ANÁLISIS CONTEMPORÁNEO, 2013 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea] [fecha de consulta: 29 de enero de 2019] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf> p. 119

En el derecho internacional de las inversiones, hablar de expropiación directa es poco común, y las pretensiones de este tipo no son frecuentemente planteadas. Sin embargo, en países con gobiernos autoritarios y con democracias débiles, si ha tenido cabida este tipo de reclamaciones, siendo curioso cómo se lee en laudos arbitrales el contenido de los hechos que generaron la expropiación. Un ejemplo de ello es el caso *OI European Group B.V., contra Venezuela*²⁸³, en donde el entonces presidente Hugo Chávez, de manera pública manifestó lo siguiente:

“Ya está lista la expropiación de la empresa esta de vidrios, ¿cómo se llama? ¡Owens-Illinois! Exprópiase. Elías [Jaua – vicepresidente de Venezuela] proceda. Owens-Illinois, una empresa de capitales norteamericanos que tiene aquí años explotando a los trabajadores, destrozando el ambiente allá, en ... allá, en ... en Trujillo. Vayan a ver los cerros que han destrozado. Y llevándose el dinero de los venezolanos. Hágase un estudio de ambiente. Hitcher [Ministro de Medio Ambiente]; todos los daños ambientales. Así proceda, vicepresidente”²⁸⁴.

Con este particular ejemplo se evidencia el por qué, de lo poco común de este tipo de reclamaciones, pues en la normalidad de un estado democrático no es habitual que un presidente tome este tipo de decisiones de esta manera. Además, es claro que en las reclamaciones presentadas no se discutirá nunca si hubo o no expropiación, pues esta es notoria y formal, la discusión estará en la indemnización y su monto.

Como contracara de la expropiación directa, esta la llamada expropiación indirecta, la cual, si ha generado ríos de tinta, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y en los laudos arbitrales, pues los estándares aplicados a esta son los que determinarán el éxito de una reclamación.

²⁸³ El conflicto tiene su génesis en la expropiación de las dos mayores plantas de producción de envases de vidrio en Venezuela. La Demandante alega que dicha expropiación se llevó a cabo de manera ilegal y sin mediar compensación, y que la Demandada aplicó a las inversiones de la Demandante una conducta que infringió numerosas obligaciones del APRI, solicitando una cuantiosa indemnización.

²⁸⁴ Laudo Arbitral CIADI, No. ARB 11/25 *OI European Group B.V., contra Venezuela*, 10 de marzo de 2015, p 21 y 22.

Además, en el caso Electricaribe será estudiada la expropiación indirecta pues es la alegada por GNF contra Colombia y será objeto de estudio del tribunal de arbitramento.

5.3 LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA Y LA TENSIÓN CON LA POTESTAD REGULATORIA DE LOS ESTADOS

La característica principal de la expropiación indirecta, es que con esta no existe transferencia de propiedad de manera formal. Se trata de una serie de medidas que adopta el estado receptor de la inversión “que interfieren de tal manera en el giro usual de la inversión, o con el aprovechamiento de los beneficios derivados de la misma, que los derechos de propiedad relacionados con ella, devienen en la práctica, sin valor”²⁸⁵.

Esta figura según Magdalena Correa, fue “construida a lo largo del siglo XX, en respuesta a las decisiones de países en desarrollo y estados de la órbita socialista, enfiladas a transferir a manos del estado o de grupos nacionales la propiedad de los extranjeros”²⁸⁶

El problema con el concepto de expropiación indirecta es que es amplio y ello genera disquisiciones disimiles por los paneles arbitrales cuando abordan los estándares de

²⁸⁵ UREÑA, René, Después de la fragmentación: ICCAL Derechos Humanos y arbitraje de inversiones, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 61, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

²⁸⁶ CORREA, Henao Magdalena, el control de constitucionalidad de los acuerdos de inversión en Colombia. Análisis de la clausula de expropiación indirecta. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 527, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

protección de los inversores en sus laudos, “ya que carecen de las pautas jurídicas necesarias para resolver los casos que les son sometidos. Ello les confiere un amplio margen de discrecionalidad y creatividad al momento de interpretar las disposiciones del TBI. En algunos casos estas interpretaciones han ido demasiado lejos, llegando a limitar las potestades regulatorias del estado, tendientes a implementar políticas públicas”²⁸⁷

Un sector de la doctrina alerta sobre esta problemática que está en auge cuando afirma a manera de ejemplo que cualquier regulación posterior a la firma del TLC con Estados Unidos, que busque dar protección a las poblaciones indígenas, podría ser considerada por los inversionistas como expropiación indirecta, por esta razón, “los estados restringen en su potestad regulatoria por temor a ser demandados internacionalmente. Esto se conoce en el derecho internacional de inversiones como el “*chilling effect*” o “*regularoty chill*”²⁸⁸. Efecto enfriamiento de las políticas públicas en la regulación de sectores donde estas empresas actúan o “efecto disuasivo para legislar en interés público”.²⁸⁹

²⁸⁷ ARENAS MEZA, Miguel, La inclusión social en las relaciones entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos en América latina, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 455, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

²⁸⁸ SEGRERA AYALA, Yira y ORTIZ TORRES, Meylin, Implicaciones del TLC Colombia Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del *ius constitutionale commune* en América Latina, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 348, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

²⁸⁹ GONGORA MERA, Manuel, el constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

Al respecto, autores como Gus Van Harten y Dayna Nadine Scott, son conclusivos al sostener que la posibilidad de demandas de un inversor extranjero en contra de un país el marco de la solución de controversias entre inversionista estado, si es un factor de presión sobre los gobiernos para que estos “veten propuestas regulatorias por su impacto en inversores extranjeros”, en otras palabras, la posibilidad de ser demandados ante paneles internacionales, es un factor que los gobiernos sopesan, concluyendo que esto “efectivamente lleva al enfriamiento regulatorio”.²⁹⁰

Echaide señala que este tipo de cláusulas “ofrecen garantías a los inversionistas privados en detrimento de la regulación pública, algo que en el plano internacional se traduce en una reducción del poder de los estados como actores centrales de las relaciones internacionales”²⁹¹.

Frente a esta problemática, la doctrina y la institucionalidad internacional, han dedicado tiempo a desarrollar los estándares que deberían tenerse en cuenta a la hora de revisar pretensiones de expropiación indirecta. Esto con el fin de determinar en qué casos procede la indemnización y en qué casos esta no procede.

Según la OCDE, “es un principio aceptado del derecho internacional consuetudinario que cuando el perjuicio económico resulte de una regulación no discriminatoria de

²⁹⁰ VAN HARTEN Gus y NADINE SCOTT Dayna Tratados de Inversión y el veto interno de propuestas regulatorias: Estudios de caso de Canadá, septiembre 26 de 2017 [en línea] [Fecha de consulta 21 de febrero 2020] disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2017/09/26/investment-treaties-internal-vetting-regulatory-proposals-case-study-from-canada-gus-van-harten-dayna-nadine-scott/>

²⁹¹ ECHAIDE, Javier, El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 146, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

buena fe, que esté dentro del marco poder de policía del Estado, no se requerirá la indemnización”.²⁹²

Partiendo de allí, se tiene que, “la expropiación indirecta no es cualquier medida que toma el estado, y principalmente el gobierno en desarrollo de su actividad como autoridad administrativa, sino que son aquellos actos que están por fuera de la normalidad o la legalidad que tienden a privar a un extranjero del adecuado uso, fruto y disposición de activos a que tiene derecho por un título de propiedad o un derecho o expectativa legalmente constituida.”²⁹³

Así, siguiendo lo dicho por la doctrina, la jurisprudencia y los laudos arbitrales, estos han señalado que “para que la actividad de policía del estado sea expropiatoria se requiere que las medidas gubernamentales i) tengan cierta naturaleza injustificada, que las mismas ii) constituyan un atentado contra la propiedad, y que iii) interfieran con expectativas razonables del inversor”.²⁹⁴

Pese a estos estándares, es claro que el rango de interpretación sigue siendo amplio, pues todo aterriza en la subjetividad del árbitro que podrá calificar y construir una hilo argumentativo que no le de justificación a la medida, siendo esto común, pues en centros como el CIADI, el más utilizado en el mundo para este tipo de demandas, si la reclamación “logra pasar la etapa de jurisdicción (lo cual ocurre $\frac{3}{4}$ de las veces) hay un 61% de las posibilidades de que la empresa demandante gane el pleito”.²⁹⁵

²⁹² OCDE, La “expropiación indirecta y el “derecho a regular” “*Indirect Expropriation*” and the Right to Regulate”, en *International Investment Law*, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre inversión internacional, septiembre de 2004 p 5.

²⁹³ MÁRQUEZ-ESCOBAR, Carlos Pablo, Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, N° 11: 13-68, mayo de 2008, p 41 y 42.

²⁹⁴ *Ibidem*, p 50.

²⁹⁵ ECHAIDE, Javier, El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 153, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro>

Lo anterior, va de la mano con un dato que no puede pasar desapercibido, y es que “en una gran mayoría de los casos, los árbitros que resuelven sobre estas demandas provienen de Europa Occidental (47%) o de América del Norte (21%) dejando al resto (32%) dividido entre las demás regiones del mundo. Ello configura una concentración en cabeza de árbitros provenientes de los países desarrollados del norte occidental, que resulta todavía más alta cuando se corrobora que el 55% de las demandas fueron resueltas por alguna combinación de tan solo 15 árbitros.”²⁹⁶.

Además, el conflicto de intereses de estos árbitros es notorio en muchos casos, pues las mismas personas terminan desempeñando roles diferentes dentro del mismo sistema.

De otra parte, si se revisan laudos arbitrales que han resuelto este tipo de pretensiones, se encuentran decisiones para todos los gustos, pues “la falta de *stare decisis* ha generado decisiones contradictorias en el CIADI; frente a similares cuestiones de hecho y bajo el mismo TBI”²⁹⁷ No obstante, a continuación se destacan laudos que destellan sensatez y aportan estándares razonables para la interpretación de estas cláusulas.

En el ya estudiado laudo arbitral de Philip Morris contra Uruguay, el cual “podría ser el inicio de una etapa del arbitraje internacional de inversiones que, con mayor

[/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo](#)

²⁹⁶ ECHAIDE Javier, El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al diálogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p. 153, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

²⁹⁷ CERVANTES VALAREZO, Andrés, Inconveniencia del arbitraje de inversión CIADI y de los órganos regionales arbitrales para América, Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016, p. 111.

intensidad, promueve la protección del derecho a regular de los Estados sedes”²⁹⁸, el tribunal hace un completo recorrido por decisiones que ayudan a sostener la tesis de que no toda regulación se constituye en expropiación.

En dicho laudo el tribunal cita el caso de Saluka contra la República Checa²⁹⁹, registrando el alcance, las situaciones y los efectos de la doctrina del poder de policía, al sostener lo siguiente:

“Ha quedado establecido en el derecho internacional que los Estados no son responsables de pagar unas indemnizaciones al inversor extranjero cuando, en el ejercicio normal de sus facultades regulatorias, estos adoptan en forma no discriminatoria regulaciones de buena fe en aras del bienestar general. El tribunal agregó que: El principio de que el Estado adopta regulaciones generales que son ‘comúnmente aceptadas como parte del poder de policía de los Estados’ forma parte del derecho internacional consuetudinario actual”³⁰⁰

En otro caso citado por el laudo Philip Morris contra Uruguay, se trajo a colación el proceso iniciado por Chemtura contra Canadá³⁰¹, así:

²⁹⁸ HERNÁNDEZ, José Ignacio, Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones, “*Economic regulation and international investment arbitration*”, diciembre de 2016, revista electrónica de Diretio, febrero de 2017 No. 1. P 26 [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947>

²⁹⁹ La demandante es una empresa holandesa y el conflicto se da por que según se alegó, el gobierno checo no rescató a un banco privado, en el que tenía intereses la compañía, de la misma manera que el gobierno rescató a otros bancos. (se invocó el TBI entre la República Checa y Holanda).

³⁰⁰ Laudo Arbitral CIADI No. ARB/10/7, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra la República Oriental del Uruguay, 8 de julio de 2016, párrafo 297.

³⁰¹ La demandante producía productos para el tratamiento de semillas, incluidos productos a base de lindano que es un pesticida. La Agencia Reguladora de Manejo de Plagas "PMRA" es la agencia federal responsable de regulación de productos para el control de plagas en Canadá. El PMRA realizó una revisión especial de los plaguicidas a base de lindano y concluyó que los registros de estos productos deberían finalizar o suspenderse debido a problemas de salud. Después la PMRA rescindió las licencias del reclamante para los pesticidas que contienen lindano. El reclamante alegó que la revisión especial de PMRA era defectuosa e injusta y que el Gobierno de Canadá frustró sus intentos de obtener una reevaluación de la revisión especial de acuerdo con la ley. También alegó que PMRA finalizó injustamente el registro de sus pesticidas a base de lindano. Todas las medidas, según el Demandante, infringieron los Artículos 1105 (Estándar Mínimo de Trato) y 1103 (Trato de Nación Más Favorecida) del TLCAN. El Demandante argumentó además que la finalización de sus registros de pesticidas a base de lindano violaba el Artículo 1110 del TLCAN (Expropiación).

“Un fabricante estadounidense de lindano—insecticida agrícola que se decía era nocivo para la salud y el medio ambiente — reclamó que Canadá violó el TLCAN al prohibir su venta. El tribunal rechazó el reclamo, y estableció lo siguiente: Independientemente de la existencia de una privación contractual, el Tribunal considera en todo caso que las medidas impugnadas por la Demandante constituyeron un ejercicio válido del poder de policía de la Demandada. Como se trató en profundidad en relación con el Artículo 1105 del TLCAN, PMRA adoptó medidas dentro de su mandato, de modo no discriminatorio, motivado por la creciente concientización acerca de los peligros planteados por el lindano para la salud humana y el medio ambiente. Una medida tomada en tales circunstancias es un ejercicio válido del poder de policía del Estado y, en consecuencia, no conforma una expropiación”³⁰².

José Hernández plantea como solución a esta problemática que genera una evidente tensión, que se apliquen los principios generales de Derecho Administrativo, pues con ellos, se tiene la tranquilidad de que se dará plena observancia a la potestad regulatoria de los estados, sin perder de vista el objeto del arbitraje de inversión, que consiste en suscitar “controles globales sobre el Estado sede. En especial, a través de esos principios generales podrá desarrollarse el marco teórico para definir la deferencia del Tribunal Arbitral hacia el Estado, cuando en ejercicio de su derecho a regular ejerza el llamado poder de policía, a fin de satisfacer objetivos de interés general como la protección de la salud.”³⁰³

Para autores como Sabino Cassese, citado por José Ignacio Hernández, instituciones como el CIADI operan como una corte internacional administrativa³⁰⁴, y bajo estos preceptos, se podrá avanzar en un nuevo enfoque de este mecanismo de solución de conflictos que propenda por mayor certidumbre jurídica que ayude a “configurar al

³⁰² *Ibidem*, párrafo 299.

³⁰³ HERNÁNDEZ, José Ignacio, Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones, “*Economic regulation and international investment arbitration*”, diciembre de 2016, revista electrónica de *Diretio*, febrero de 2017 No. 1. p. 26 [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947>

³⁰⁴ SABINO Cassese, *Global Administrative Law: An introduction* (Working paper 2004), citado por HERNÁNDEZ G, José Ignacio, El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho administrativo global. Reflexiones en el cincuenta aniversario del CIADI, *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016, p. 156

arbitraje como un sistema que procure el equilibrio entre las funciones propias de la administración y los derechos del inversor”.³⁰⁵

A continuación, se verá un ejemplo claro de un laudo que condena por expropiación indirecta. Ejemplos que por fortuna ya no son muy recientes. Allí, se dictamina que usar poderes de policía es expropiatorio. El caso es el de Consortium R.F.C.C. contra Marruecos³⁰⁶, donde el tribunal dijo lo siguiente:

“Para que haya derecho a compensación es necesario que la persona del expropiado pruebe que fue el objeto de medidas adoptadas por el estado que actuaba, no como contratante, sino como autoridad pública. Las decisiones a los casos de expropiación indirecta mencionan la ‘interferencia’ del estado anfitrión en el ejercicio normal de los derechos económicos del inversor. Ahora bien, un Estado contratante ‘no interfiere’, sino que ‘realiza’ un contrato. Si puede mal ejecutar dicho contrato, eso no será sancionado por las disposiciones del tratado relativas a la expropiación o a la nacionalización a menos que se pruebe que el estado o su emanación se ha salido de su rol de simple contratante (tista) para tomar el rol específico de Poder Público”³⁰⁷

No obstante el citado laudo, en la actualidad los tribunales arbitrales han abandonado la tesis de no aceptar regulación estatal alguna. Sin embargo, al estudiar los casos concretos, de manera hábil se propende por no declarar la expropiación, pero condenar por violaciones a los estándares de trato justo y equitativo. Esto en atención a que la expropiación cuenta con un gran desarrollo doctrinal.

³⁰⁵ HERNANDEZ G, José Ignacio, El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho administrativo global. Reflexiones en el cincuenta aniversario del CIADI, Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016, p 160.

³⁰⁶ El objeto de esta disputa es la conducta de Marruecos al formar y ejecutar un contrato de construcción de autopistas entre *La Société Nationale des Autoroutes du Maroc* y el Consorcio RFCC, comportamiento que, según este último, constituiría varias violaciones del "Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Marruecos y el Gobierno de la República Italiana sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones". Las reclamaciones derivadas de varios eventos ocurrieron antes, durante y después de la ejecución de un contrato de concesión otorgado al demandante por licitación pública y firmado por una empresa estatal.

³⁰⁷ *Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco*, ICSID Case arb/00/6, award (December 22, 2003), par. 65

El aspecto del trato justo y equitativo, merece especial atención, pues como ya se mencionó, una frecuente modalidad de operación de los tribunales, que se verá latente en el caso *Electricaribe*, es la de rechazar la pretensión de expropiación indirecta, pues “la reciente practica convencional fija en un nivel bastante alto el umbral de expropiación, por cambios en las condiciones normativas-marco en intereses de la protección del medio ambiente, de la salud pública u otros intereses generales”.³⁰⁸ Por ello, terminan concediendo indemnizaciones no por expropiación sino por violación a las cláusulas de trato justo y equitativo, es decir, conceptualmente aceptan que la intervención del estado no constituye expropiación, pero califican esa intervención como una violación de los estándares de trato justo y equitativo, lo cual deviene en condenas de grueso calado.

Este punto es desarrollado por Carlos Pablo Márquez, cuando afirma:

“La tendencia es que peticiones supletivas referentes a la violación de la cláusula de trato justo y equitativo hacen carrera frente a otras cláusulas. Así, tal como indicamos atrás, en el caso *Saluka Investments v. República Checa* el tribunal afirmó que el Estado no realizó expropiación, pues actuó en el desarrollo del normal ejercicio de sus poderes de policía administrativa y de la potestad regulatoria del estado. Con todo, consideró el tribunal en mención que el tratamiento dado a la institución demandante por parte de las autoridades de la República Checa fue violatorio al principio de trato justo y equitativo establecido comúnmente en todo TBI. esto llevó a que *Saluka Investments* fuera indemnizada por la violación a dicho principio y a que el estado checo fuera obligado a reparar las pérdidas y los daños correspondientes.”³⁰⁹

De esta manera, queda caracterizado el concepto de expropiación indirecta, su tratamiento a nivel internacional y la constante tensión con el derecho a regular que

³⁰⁸ HERDEGEN Matthias, *Derecho Económico Internacional*, traducción al castellano de la 9ª edición, traducción de Katia Fach Gómez y otros, Bogotá, editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 408.

³⁰⁹ MÁRQUEZ-ESCOBAR, Carlos Pablo, *Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración*, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, N° 11: 13-68, mayo de 2008, pp. 60 y 61.

ostentan los estados. A continuación, se procederá a revisar el caso objeto de estudio, usando como insumos todos estos conceptos desarrollados.

5.4 GAS NATURAL FENOSA CONTRA COLOMBIA: ¿EXPROPIACIÓN INDIRECTA O REGULACIÓN LEGÍTIMA?

En el caso objeto de esta investigación existen factores que llevan a concluir que Colombia a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no expropió a GNF.

El estado colombiano al ordenar mediante actos administrativos, la toma de posesión y posterior liquidación de Electricaribe, actuó de manera legítima, en defensa de un interés público, en observancia al debido proceso, atendiendo la proporcionalidad y haciendo pleno uso de su facultad regulatoria en defensa de millones de ciudadanos que padecían un deficiente servicio público.

A continuación, se analizarán los actos internacionales, desarrollados por la Corte Constitucional en la sentencia C- 252 de 2019, como estándares para determinar la existencia de la expropiación indirecta, con el fin de evidenciar los argumentos que soportan que Colombia actuó legítimamente y respetando el TBI con España.

5.4.1 Actos del Estado que configuran expropiación

Varios de los actos enumerado por la Corte en la citada sentencia, de entrada no se configuran en el caso objeto de estudio, pues fácticamente no encuadran en la descripción, por lo tanto se descartan sin mayor análisis. Estos actos son:

La declaración de una zona protegida para la conservación de una especie vegetal desértica, aunada a la denegación de un permiso de construcción en el lugar en donde

se llevaría a cabo la inversión³¹⁰; La interferencia de una autoridad regulatoria gubernamental, a efecto de permitir que el inversionista doméstico dé por terminado un contrato que se reputaba importante para que el inversionista extranjero realizara su inversión³¹¹; La revocatoria de una licencia de funcionamiento³¹²; La imposición de tributos excesivos o arbitrarios, que acarrearán la consecuencia de hacer económicamente insostenible la inversión³¹³; La revocatoria del certificado de zona de libre comercio y la consecuente prohibición de importar³¹⁴.

Efectivamente, los anteriores actos no se encuadran fácticamente con el caso estudiado, por eso se descartan y se omite su análisis.

Como contracara de lo anterior, la medida consistente en imponer administradores designados por el Estado receptor de la inversión³¹⁵, como última causal citada por la Corte Constitucional, sí obliga a revisar con detenimiento el caso. Esto en razón a que la SSPD, al disponer de la toma de posesión de Electricaribe, designó administradores, por lo tanto, de en principio y objetivamente si está configurada esta causal.

Si bien esta afirmación es controversial, no se puede desconocer la contundencia de los hechos, pues la SSPD, mediante acto administrativo³¹⁶ designó un agente especial para Electricaribe y “las funciones específicas de los agentes especiales son las propias de un representante legal”.³¹⁷

³¹⁰ *Metalclad Corp. v México*, ARB (AF)/97.1, TLCAN, 2001.

³¹¹ *CME v la República Checa*, UNCITRAL Tribunal Arbitral, Laudo parcial, 2001.

³¹² *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v México* ARB (AF)/00/2, 2003.

³¹³ *Revere Copper and Brass Inc. v Overseas Private Investment Corporation*, 1978.

³¹⁴ *Goetz and Others v República de Burundi*, ICSID, 1998.

³¹⁵ *Starrett Housing Corp. v Government of the Islamic Republic of Iran*, Tribunal de Reclamaciones Irán-US, 1983.

³¹⁶ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución No. SSPD – 20161000062795 del 14 de noviembre de 2016.

³¹⁷ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Reglamento de Selección de Agentes Especiales y Liquidadores” [sf] disponible en https://www.superservicios.gov.co/sites/default/archivos/Prestadores%20Intervenidos/Normatividad%20intervenidas/2019/Ene/reglamento_agentes_y_liquidadores.pdf

Así, con la toma de posesión fueron removidos los principales administradores de Electricaribe, incluido su representante legal, José García Sanleandro, y todos los miembros de su junta directiva.³¹⁸

En el laudo Starrett Housing contra Irán³¹⁹ se declaró la expropiación en razón a que se tomó la medida de imponer un administrador temporal.

“Al respecto, el tribunal consistentemente indicó que en el concepto “medidas equivalentes a expropiación de derechos de propiedad” el elemento decisivo no era la transferencia formal de propiedad, sino la pérdida de control efectivo y beneficios de la inversión. Por ejemplo, en Tippetts, que también ventiló la imposición de un “administrador temporal”, el panel sostuvo que esto constituía una medida equivalente a expropiación: “Una privación o toma de derechos de propiedad puede tener lugar bajo derecho internacional mediante la interferencia por el Estado en la utilización de dichos activos o con el goce de los beneficios, aun cuando la titularidad de los activos no se vea afectada”.³²⁰

Sobre el precitado laudo, se debe señalar que el mismo fue proferido en 1983, cuando aún era incipiente el desarrollo de la figura de la expropiación. No obstante, con antecedentes como el citado, el estado colombiano debe ser riguroso para desvirtuar esta causal, teniendo que probar que la medida era necesaria, justificada, proporcional, tomada con el fin de proteger objetivos legítimos, con observancia al debido proceso y al principio de legalidad. Ante lo cual se tienen los siguientes argumentos que sostienen todo lo anterior:

³¹⁸ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Toma de posesión de Electricaribe, Palabras de José Miguel Mendoza Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Rueda de prensa Barranquilla, 15 de noviembre de 2016, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe>

³¹⁹ La demandante Starrett, es una Corporación de Vivienda de que demandó a Irán por privación de su propiedad y demás derechos contractuales, alegando expropiación de un complejo de viviendas que la compañía estaba construyendo en Teherán. La decisión del tribunal fue la de condenar a Irán por expropiación de una empresa estadounidense.

³²⁰ GONZÁLEZ DE COSSIO Francisco, Revista internacional de arbitraje, Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, Revista N° 4 Ene.-Jun. 2006, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=rarbitraje&document=rarbitraje_7680752a7d15404ce0430a010151404c

A. La medida respeta y atiende al principio de legalidad y el debido proceso:

En efecto, la medida se toma en estricta aplicación de leyes preexistentes, vigentes y normas constitucionales³²¹ que el inversionista conocía plenamente, como lo son, la ley 142 de 1994³²² por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero³²³, norma que por remisión es aplicable en casos de toma de posesión y liquidación de este tipo de entidades.

Específicamente, para este caso se configuró la causal del numeral 7 del artículo 59 de la Ley 142 de 1994 “por la inminente cesación en el pago de las obligaciones mercantiles a cargo de Electricaribe, según lo reconocieron los propios administradores de la compañía; (b) la configuración de la causal del numeral 1 del artículo 59 de la Ley 142 porque, como consecuencia de su crítica situación financiera, Electricaribe no estaba en capacidad de cumplir con los pagos a los agentes del mercado de energía mayorista y por lo tanto no estaba en capacidad de garantizar a sus suscriptores y usuarios la continuidad en la prestación del servicio de energía eléctrica; y (c) la configuración de la causal del numeral 1 del artículo 59 de

³²¹ Constitución Política de Colombia, artículos 334, 336 y 365 a 370.

³²² Esta ley se expide “con el fin de desarrollar los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios y alcanzar, entre otros, los siguientes objetivos: (i) garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; (ii) ampliar permanentemente la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; (iii) brindar atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; (iv) garantizar la prestación continua e ininterrumpida del servicio público domiciliario, salvo cuando existan razones de fuerza mayor, caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan; (v) asegurar la prestación eficiente del servicio; (vi) proteger la libertad de competencia y prevenir la utilización abusiva de la posición dominante; obtención de economías de escala comprobables; (vii) establecer mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; y (viii) establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.” Corte Constitucional Colombiana, sentencia C – 895 de 2012.

³²³ El procedimiento aplicable a la toma de posesión y liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios es el dispuesto en el Decreto 663 de 1993 “Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”, así como el Decreto 2555 de 2010 “Por el cual se recogen y reexpiden las normas en materia del sector financiero, asegurador y del mercado de valores y se dictan otras disposiciones”.

la Ley 142 como consecuencia de la imposibilidad o incapacidad de prestar el servicio con la calidad y continuidad debidas.”³²⁴

Así, queda evidenciado que se respetó plenamente el principio de legalidad, pues lo que hizo el estado colombiano no fue otra cosa que aplicar las normas establecidas con varios años de antelación, incluso estas normas existen desde antes que GNF llegara a operar Electricaribe.

De la mano del principio de legalidad, se tiene el debido proceso, pues estos conceptos están íntimamente ligados y constituyen un aspecto clave para determinar si hubo expropiación.

En este caso, la violación al debido proceso ya viene siendo alegada por GNF, pues ellos afirman que a la fecha de la toma de posesión, “Electricaribe se encontraba en término para responder en relación con la investigación que se le abrió por fallas en la prestación del servicio.”³²⁵

Ante este argumento, la SSPD ha sido categórica en afirmar que la toma de posesión no es un procedimiento sancionatorio. Lo que quiere decir que esta medida fue independiente a la investigación administrativa de carácter sancionatorio que se adelantaba por fallas en la prestación del servicio. Afirma también la SSPD que la decisión tomada va mas allá de la apertura de la investigación en contra de Electricaribe por fallas en la prestación del servicio, pues la resolución de toma de posesión tuvo como fundamento adicional, la delicada situación financiera de la compañía que no le permitía garantizar la prestación continua del servicio por sus

³²⁴ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A., diciembre de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe>

³²⁵ Ibídem p 26.

constantes incumplimientos con el Mercado de Energía Mayorista, lo que compromete, como es apenas obvio, la adecuada prestación del servicio.³²⁶

Lo anterior lleva a un escenario en donde se debe diferenciar entre la medida de toma de posesión ordenada en este caso, y un procedimiento administrativo sancionatorio ordinario. Esto es así porque aunque las dos medidas se consagran en la norma³²⁷ como sanciones, la primera es una decisión que por su esencia y naturaleza, se toma sin la intervención inicial del afectado, pues iría contra toda lógica, preavisar que se va a intervenir. Esto no implica violación alguna al debido proceso, pues allí, el debido proceso se manifiesta de otras maneras y en otras actuaciones como es la posibilidad de recurrir los actos que ordenan la toma, además del control judicial que se puede instaurar. En otras palabras, pretender alegar debido proceso porque no existió participación previa del afectado, es desconocer la naturaleza de la medida y confundirla con el procedimiento administrativo sancionatorio ordinario que si requiere de contradicción desde el inicio del proceso. A manera de comparación, es como si una persona embargada en un proceso civil, pretendiera atacar esta medida porque el juez decretó el embargo antes de notificar la demanda. Esto, sencillamente es desconocer la naturaleza cautelar de la medida de embargo anticipada y su carácter sorpresivo que es la esencia del embargo previo.

Lo anterior, viene siendo sostenido por la Superintendencia Financiera, que al igual que la de Servicios Públicos, aplica el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero a sus vigilados. Esta entidad afirma que contra la toma de posesión el afectado puede interponer los recursos de ley “precisando que a este tipo de actuaciones no resulta aplicable el mecanismo de defensa conocido en el procedimiento disciplinario como "declaración de descargos", que es la oportunidad de que dispone el encartado para

³²⁶ *Ibíd*em P 27.

³²⁷ Ley 142 de 1994, artículo 81.

refutar los cargos que se le imputan y para solicitar y aportar pruebas dentro de la correspondiente investigación”³²⁸

Por lo expuesto, en el caso Electricaribe se advierte total observancia y respeto al debido proceso, partiendo de la naturaleza de la medida hasta llegar a la plena posibilidad que tuvo GNF de controvertir todas las decisiones tomadas por la SSPD sea en vía administrativa o judicial.

B. La medida se adoptó para proteger objetivos legítimos de política pública:

Los objetivos de política pública corresponden a la obligación legal y constitucional del estado de velar por unos mínimos de calidad en la prestación de un servicio público domiciliario y además, de evitar un grave perjuicio a los acreedores de la empresa, que al ser proveedores de energía en todo el país, se podría generar una crisis nacional en este sector.

Al respecto, se debe recordar que en Colombia los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y su prestación conlleva la ejecución de una actividad económica que es objeto de intervención estatal conforme lo señala la Constitución en el artículo 365. Esta intervención se da a través de la regulación, el control y la vigilancia, en aras a que la prestación se dé de manera efectiva y con calidad. Es por eso que el artículo 370 de la Constitución Política puso en cabeza del presidente de la República, la facultad de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, determinando expresamente que el control, la inspección y vigilancia de las entidades que lo presten se ejercería por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.³²⁹

³²⁸ Colombia Superintendencia Financiera, Concepto No. 2000003893-1, febrero 28 de 2000.

³²⁹ Consejo de Estado Colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta Consejero Ponente Luis Alberto Álvarez Parra, Bogotá, 25 de septiembre de 2019, Radicación Número: 85001-23-33-000-2019-00055-01

De manera adicional y sin que se trate de un tema menor, se puede argumentar que los objetivos legítimos a proteger también tienen alcance y afectación en los Derechos Humanos. Si bien, esta línea en principio no se observa de manera expresa en los actos administrativos que ordenan la toma de posesión si se puede deducir cuando se profundiza sobre la problemática.

En efecto, de las motivaciones de dichos actos administrativos si se desprende la implicación indirecta sobre algunos derechos fundamentales que se violaron o estuvieron seriamente amenazados por Electricaribe en razón a la deficiente prestación del servicio.

Para sustentar lo anterior, se debe recordar lo dicho por la Corte Constitucional, sobre la afectación de derechos fundamentales por la deficiente prestación del servicio público de energía eléctrica. En este sentido, dicha corporación viene sosteniendo que “No existe un derecho fundamental autónomo al acceso a la energía eléctrica, sino que el mismo podrá ser protegido por vía de acción constitucional cuando tenga conexidad con otros derechos fundamentales; situación que deberá ser estudiada de manera exhaustiva por el juez de tutela, con el fin de establecer si del acervo probatorio, se puede inferir que la falta de dicho servicio público causa una efectiva vulneración a un derecho fundamental del accionante.”³³⁰

En otra sentencia del año 2002, esta misma corporación, ató el servicio público de energía eléctrica al principio de la dignidad humana, para tutelar los derechos fundamentales de los reclusos de una cárcel en la ciudad de Cartagena.³³¹

Así, se tiene que por conexidad si es posible violar Derechos Humanos en razón a la deficiencia del servicio público de energía eléctrica, y por ende será posible sostener

³³⁰ Corte Constitucional colombiana, sentencia T – 752 del 6 de octubre de 2011.

³³¹ Corte Constitucional colombiana, sentencia T – 881 del 17 de octubre de 2002.

que se estaba en defensa de los derechos humanos de los ciudadanos de la costa Caribe colombiana.

Sobre argumentos que se pueden relacionar con Derechos Humanos, la SSPD esbozó de manera general algunas razones que bien podrían llevar por conexidad a sostener que si existen puntos de Derechos Humanos que se tuvieron en cuenta por el Estado colombiano. Así, en la resolución que ordena la toma de posesión se pueden leer afirmaciones del siguiente tenor:

“Que los problemas de continuidad y calidad en la prestación del servicio en el área atendida por ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A. E.S.P han provocado graves perturbaciones del orden público en la región Caribe.”³³²

“Se registran 71 eventos de protesta social en el Caribe asociados a la mala prestación del servicio de energía eléctrica para el periodo comprendido entre enero y mayo de 2016. Entre los eventos registrados por el CEPSCA se incluyen bloqueos de vías, quema de llantas, marchas, plantones, y algunos casos de alteraciones más graves del orden público como asonadas y disturbios”³³³

“Las funciones de la SSPD exigen actuar oportunamente en defensa de los suscriptores y usuarios de los servicios públicos y deben entenderse en el marco del deber estatal de garantizar la presentación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional en los términos del artículo 365 de la Constitución Política y del artículo 2 de la Ley 142 de 1994 sobre las finalidades de la intervención estatal en los servicios públicos. Por esa razón, si la SSPD tiene información suficiente de que una empresa no quiere o no puede prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas y de que la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros, está plenamente facultada para adoptar la medida de toma de posesión sin necesidad de esperar a que concluya una investigación administrativa para determinar una “falla en la prestación del servicio”.³³⁴

³³² Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ *Ibíd.*

Así las cosas, en el caso estudiado se puede sostener que hubo afectación de derechos fundamentales como la dignidad humana, el mínimo vital y la vivienda digna.

Conforme con lo dicho, aunque es claro que el argumento principal del Estado colombiano en la defensa de la demanda promovida por la multinacional española, no puede ser bajo ningún punto de vista, el justificar la toma de posesión (que el demandante ve como expropiación) desde la óptica exclusiva de los Derechos Humanos. Si son claros los argumentos que defiendan esta tesis.

Sobre aplicación de Derechos Humanos en los arbitrajes de inversión Javier Echaide sostiene lo siguiente:

“Tanto el *ius cogens* como las obligaciones erga omnes no pueden ser normas que resultan “optativas” para los Estados miembros de la comunidad internacional, pues es, en términos kelsenianos, esta comunidad jurídica la interesada y responsable colectivamente de velar por la plena vigencia de estos derechos. Por lo tanto, al ser los tratados de protección de inversiones parte del derecho internacional público, le resultan aplicables todo el conjunto de obligaciones erga omnes como las normas de derechos humanos.”³³⁵

De otra parte, es claro que en la actualidad estos Tribunales de arbitraje de inversiones no actúan teniendo como faro los Derechos Humanos. No obstante, la evolución de esta justicia debe ineludiblemente orientarse hacia esos entandares.

En la actualidad existen algunos ejemplos de laudos que aunque sea de manera tímida e indirecta, abordan argumentos de Derechos Humanos y reconocen el *ius cogens*. Laudos como el de Urbaser contra Argentina, señalan que las normas imperativas del derecho internacional general *ius cogens* que puedan ser de interés en una diferencia relativa a inversiones, se pueden aplicar y “dichas normas definitivamente deben

³³⁵ ECHAIDE Javier, Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua, [sf][en línea] [Fecha de consulta 13 agosto 2019] disponible en: <http://web.isanet.org/Web/Conferences/FLACSO-ISA%20BuenosAires%202014/Archive/0439ce08-a8af-42c0-a793-08e98f775992.pdf> p. 25.

prevalecer sobre una disposición contraria establecida en el TBI, tal como señala expresamente el Artículo 53 de la Convención de Viena”³³⁶

El laudo del caso Philip Morris vs Uruguay en el CIADI, “decidió proteger los intereses de la salud pública, la protección de la población y el orden público interno, por encima de los intereses de la tabacalera multinacional.”³³⁷

En este caso, es válido aclarar que la demanda Philip Morris contra Uruguay no giró exclusivamente en torno a la tensión Derechos Humanos contra derechos del inversor, pues el litigio abordó diversos aspectos y las consideraciones expuestas por el Tribunal, fueron encaminadas hacia varios puntos diferentes a los Derechos Humanos.

Un laudo que si abordó el tema de manera frontal fue el del pleito Aguas Argentinas, S.A. y otros contra Argentina, en donde el demandado echó mano del argumento del Derecho Humano al agua, recibiendo como respuesta del Tribunal la siguiente:

“Argentina y las comunicaciones *amicus curiae* recibidas por el Tribunal sugieren que las obligaciones de Argentina en materia de derechos humanos para garantizar a su población el derecho al agua de alguna manera prevalece sobre sus obligaciones en virtud de los TBI y que la existencia del derecho humano al agua también otorga implícitamente a Argentina la autoridad para tomar medidas sin tener en cuenta sus obligaciones con los TBI. El Tribunal no encuentra una base para tal conclusión ni en los TBI ni en el derecho internacional. Argentina está sujeta a ambas obligaciones internacionales, es decir, a los derechos humanos y a la obligación del tratado, y debe respetar a ambos por igual. Bajo las circunstancias de estos casos, las obligaciones de derechos humanos de Argentina y sus obligaciones de tratados de inversión no son

³³⁶ Laudo arbitral Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Demandantes) V. La República Argentina (Demandada) 8 de diciembre de 2016, Caso CIADI No. ARB/07/26 p 346.

³³⁷ PÉREZ Cesar Eduardo, DD.HH. en el Arbitraje Internacional de las inversiones, Asuntos Legales, 25 de agosto de 2018, [en línea] [Fecha de consulta 13 agosto 2019] disponible en: <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/cesar-eduardo-perez-400524/ddhh-en-el-arbitraje-internacional-de-las-inversiones-2763458>

inconsistentes, contradictorias o mutuamente excluyentes. Por lo tanto, como se discutió anteriormente, Argentina podría haber respetado ambos tipos de obligaciones. Al ver cada tratado en su conjunto, el Tribunal no encuentra que ninguno de ellos excluya la defensa de la necesidad.”³³⁸

De lo anterior se deduce que el Tribunal no aplica ni considera el argumento de Derechos Humanos, pues afirma que se debe acatar tanto el TBI como el derecho humano al agua, no siendo excluyentes ni necesariamente ponderables.

Volviendo al del caso Urbaser contra Argentina³³⁹, el cual dedica más líneas a este tema, se dijo lo siguiente:

“En consecuencia, si bien es correcto afirmar que la obligación del Estado se fundamenta en su obligación de hacer valer el derecho humano al agua de todas las personas dentro de su jurisdicción, ello no es así en el caso de los inversores que persiguen, es cierto, el mismo objetivo, sino que se fundamenta en la Concesión y no en una obligación derivada del derecho humano al agua. De hecho, garantizar el derecho humano al agua representa una obligación de hacer. Esa obligación recae en los Estados y no es posible imponerla a una empresa concedora del ámbito del suministro de servicios de agua y saneamiento. Para que esa obligación de hacer sea aplicable a un inversor particular, es necesario un contrato o una relación jurídica similar de derecho civil y comercial. En ese caso, la fuente de la obligación de hacer del inversor es el derecho local y no el derecho internacional general.”³⁴⁰

De lo anterior se deduce que la práctica arbitral moderna aunque tímida, es cada vez más sensible a los asuntos de los Derechos Humanos. Los países demandados, argumentan Derechos Humanos para justificar determinadas medidas. “La

³³⁸ Laudo Arbitral Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A.c/ República Argentina,][en línea] [Fecha de consulta 16 agosto 2019] (caso CIADI Nro. ARB/03/19). Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>

³³⁹ El caso es sobre una concesión de servicio de agua y cloacas en Buenos Aires. En la demanda se argumenta que existieron sinnúmero de obstáculos puestos por las autoridades provinciales, que hicieron difícil operar la Concesión de forma eficiente. Además, la crisis económica de 2001 afectó la ecuación del contrato por la devaluación del peso.

³⁴⁰ Laudo arbitral Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Demandantes) V. La República Argentina (Demandada) 8 de diciembre de 2016, Caso CIADI No ARB/07/26

interpretación armonizadora de los acuerdos de protección de inversiones a la luz de los derechos humanos, en tanto aplicable a las partes del respectivo acuerdo (Artículo 31.3, letra c, de la Convención De Viena sobre los tratados) puede ser una solución constructiva para aliviar la tensión entre derechos humanos y protección de inversiones. La misma técnica se ofrece para que se puedan tomar en consideración los estándares convencionales de protección del medio ambiente en la interpretación de acuerdos de protección de inversiones.”³⁴¹

Así es claro que a pesar de las posiciones en los laudos estudiados, los inversionistas extranjeros, “tienen obligaciones en materia de DIDH.”³⁴² Sin embargo, no es recomendable usar como argumento principal los Derechos Humanos para justificar las medidas tomadas por los estados.

Lo que se debe hacer es plantear un hilo argumentativo en ese sentido, a fin de obligar al Tribunal a pronunciarse al respecto, propendiendo una evolución en los laudos arbitrales, hasta lograr su integración con todo el sistema de derecho internacional público. En otras palabras, lo que se busca es que se reconozca “plenamente el derecho internacional de las inversiones como parte del derecho internacional público y encuadrarlo dentro de los parámetros de las normas *jus cogens* y obligaciones erga omnes como son los Derechos Humanos.”³⁴³ Con el fin de que sus decisiones se emitan en estricta observancia a estas disposiciones.

C. La medida es necesaria y proporcionada:

En el caso Electricaribe está técnicamente soportado que la empresa no podía prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, además, la empresa estaba incurso en una inminente suspensión del pago de sus obligaciones mercantiles por el

³⁴¹ HERDEGEN Matthias, DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL, traducción al castellano de la 9ª edición, traducción de Katia Fach Gómez y otros, Bogotá, editorial Universidad del Rosario, 2012, p. 514

³⁴² MEJÍA ANAYA Jhon, Extractivismo, Empresas Transnacionales y Derechos Humanos: Latinoamérica en Búsqueda de Justicia (Tesis de Grado) Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2018, p. 51.

³⁴³ ECHAIDE Javier, Ob. Cit., p. 26

déficit financiero con el que contaba, mas la deuda neta, capital y generación operacional de caja, que evidenciaban que tendrían dificultad para cumplir con las obligaciones con terceros a corto y largo plazo. En ese sentido, se tuvo como consecuencia problemas de continuidad y calidad en la prestación del servicio dando como resultado perturbaciones de orden público en la región Caribe.³⁴⁴

Al respecto se debe recordar que el entonces Superintendente de servicios Públicos Domiciliarios, José Miguel Mendoza, manifestó que el Estado colombiano se vio forzado a recibir en intervención a una compañía moribunda y un día antes de que comenzara un racionamiento generalizado de energía en la Costa Caribe.³⁴⁵

De esta manera, se desvirtúa la causal estudiada, pues ante una situación de ese calado, la medida que se tomó era absolutamente necesaria. Esta medida, por supuesto, se tomó con base en la ley, que al aplicarla se encontró que Electricaribe estaba incurso en dos causales de intervención, tal y como ya se explicó cuando se desarrolló el principio de legalidad.

De igual manera, se puede evidenciar proporcionalidad bajo el entendido que la medida es idónea y adecuada, pues es efectiva, es decir, con ella se logra el fin que se pretende conseguir, fin que por supuesto, es legítimo. Asimismo, la medida es necesaria, pues la limitación de la administración de la empresa era indispensable para la obtención del objetivo previamente descrito como legítimo. Finalmente, es claro que la medida resulta equivalente a los beneficios que reporta.³⁴⁶

³⁴⁴ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.

³⁴⁵ MENDOZA, José Miguel, ¿Inseguridad jurídica? Portafolio, Bogotá, 21 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <HTTPS://M.PORTAFOLIO.CO/OPINIO/N/OTROS-COLUMNISTAS-1/INSEGURIDAD-JURIDICA-JOSE-MIGUEL-MENDOZA-22-DE-MARZO-DE-2017-504315>

³⁴⁶ Test de proporcionalidad usado por la Corte Constitucional, sentencia C – 144 del 6 de abril de 2015.

Con este test usado por la Corte Constitucional, “resulta posible poner en la balanza los beneficios que una medida tiene la virtualidad de reportar y los costos que su obtención representa, de forma que sea posible evidenciar si ésta se encuentra ajustada al ordenamiento superior al propender por una relación de costo-beneficio que, en general, resulta siendo favorable a los intereses constitucionales en controversia.”³⁴⁷

En el caso Electricaribe, aunque la medida *prima facie* parece excesiva, en el capítulo primero quedó evidenciado que el problema revestía una gravedad inusitada y que la historia de mala administración de la empresa, deficientes inversiones y pésima prestación del servicio no soportaban mas paños de agua tibia, por lo tanto, es proporcional la intensa medida frente a una situación igualmente grave.

5.4.2 Factores para determinar si hubo expropiación

5.4.2.1 Impacto económico o nivel de interferencia

Para el caso concreto, el nivel de interferencia se puede calificar como alto, pues la medida tomada remueve a los administradores de la compañía, nombra a otras personas en su gerencia y además se ordena liquidar la empresa.

En otras palabras, GNF perdió el control de la empresa quedando privado de la administración del negocio generándose además un gran impacto económico, pues la empresa entró en liquidación.

Si bien, se puede decir que se configura este primer factor para determinar la expropiación, se debe señalar que el mismo *per se*, no es suficiente para que se declare la existencia de la expropiación indirecta, pues de ser así, se estaría validando la doctrina *sole effects* o de examen único de efectos, la cual no viene teniendo aceptación en los paneles de arbitraje actuales, pues no basta con que se configure esta causal para que se emita una condena que declare expropiación.

³⁴⁷ *Ibíd.*

Sobre la doctrina *sole effects* que es la antítesis del poder de policía, Alejandro Faya señala que en la práctica de los Estados y la jurisprudencia actual la rechazan, pues sostiene el autor que no resulta razonable presumir que los Estados, al incluir puntos de expropiación indirecta en sus tratados, aceptan ceder una parte de su espacio de política pública. A pesar de que la regulación ordinaria y legítima normalmente no genera un nivel severo de interferencia, existen ocasiones donde sí lo hace. Por ende, el mero hecho de que una medida ocasione un impacto económico adverso en la inversión no puede, en sí mismo, ser concluyente sobre la existencia de una expropiación indirecta.³⁴⁸

De lo anterior se deducen las dos posiciones existentes: la que defiende el poder de policía, que considera el interés que lleva envuelta la medida gubernamental, y la que defiende el solo efecto (*solé effect doctrine*)», que se refiere a la expropiación en el efecto que el acto administrativo provoca en la posición de los intereses del inversionista.³⁴⁹

Pocos laudos del CIADI defienden la doctrina del *solé effect* ellos son Santa Elena, y Metalclad. En otros casos como Feldman, Tecmed y Tradex Helias adoptaron la posición de defender el poder de policía de los estados.³⁵⁰

Es así como la conclusión una vez mas es la falta de unificación de criterios al interior del CIADI. Sin embargo, en términos generales el derecho internacional se ha mostrado partidario de la doctrina del poder de policía, o por lo menos, intentan

³⁴⁸ FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro, ¿Cómo se Determina una Expropiación Indirecta Bajo Tratados Internacionales ¿En Materia de Inversión? Un Análisis Contemporáneo, 2013 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. [en línea] [fecha de consulta: 29 de enero de 2019] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf> p. 231.

³⁴⁹ PAEZ Marisol, La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados, Revista Estudios Internacionales, [sf] p 22 y 23, [en línea] [Fecha de consulta 3 de mayo de 2020] disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiEiv-OuZjpAhXkhOAKHd2eD50QFjAAegQIARAB&url=https%3A%2F%2Frevistas.uchile.cl%2Findex.php%2FREI%2Farticle%2Fdownload%2F14421%2F18979%2F&usg=AOvVaw1gnfIO63WOB8JdAzASICKB>

³⁵⁰ *Ibíd.*

encontrar un equilibrio entre la potestad regulatoria de los estados y el nivel de interferencia de la medida. Esto en atención a que, si se tiene en cuenta solo el segundo factor, se estaría presumiendo que un estado al suscribir un TBI cede su potestad regulatoria por completo, idea que no resiste el menor análisis. Es por ello que además de este factor, la expropiación se debe analizar observando la naturaleza de la medida. Factor que a continuación se desarrolla.

En el caso Electricaribe, será crucial la posición que tome el tribunal, pues de defender la doctrina *sole effect*, la condena a Colombia será inmediata. No obstante esto es lo menos probable, pues el desarrollo de los laudos apuntan más a defender el poder de policía, el cual se estudia a la luz de la naturaleza de la medida como se verá a continuación.

5.4.2.2 Análisis sobre la naturaleza de la medida

Para abordar este análisis se debe verificar si la medida que se alega como expropiatoria es producto de una regulación o actividad estatal normal u ordinaria del Estado anfitrión, o si se está frente a actuaciones arbitrarias, extraordinarias o ilegales.

Para determinar lo anterior, se tienen en cuenta varios indicadores, tales como la afectación a expectativas legítimas, proporcionalidad, discriminación, abuso de poder, falta de trato justo y equitativo, ausencia de propósito público y ausencia de debido proceso.

La mayoría de estos indicadores ya fueron abordados y desvirtuados en este capítulo, por lo que no es necesario repetir el análisis, pues con la simple remisión basta. Otros factores como la afectación a las expectativas legítimas, la discriminación, el abuso del poder y la falta de trato justo y equitativo se revisarán a continuación.

5.4.2.2.1 La afectación a las expectativas legítimas

Si bien GNF al tener el control de un negocio que venía operando desde hace casi veinte años, gozaba de expectativas de lucro, y más allá de eso, gozaba ya de utilidades y rendimientos, no se puede afirmar que con la actuación del estado colombiano se vieron cegadas dichas expectativas.

Lo anterior es así porque no se está hablando de un negocio prospero con un futuro inmejorable, sino de un negocio que venía sumido en una grave crisis, que necesita más inversión y en donde, además, está demostrado que la empresa se encontraba en inminencia de cesación de pagos a terceros. Por ello, la expectativa del momento era más bien oscura y no se veía un renacer próximo. Por el contrario, el panorama era cada día peor.

Es pertinente recordar que según la SSPD “La intervención de Electricaribe fue inevitable ante el colapso financiero de la compañía. Según la información que sus administradores le entregaron a la Superintendencia, Electricaribe enfrentaba una cesación generalizada de pagos hacia mediados de noviembre de 2016. Esta imposibilidad de cumplir con sus obligaciones era la consecuencia inaplazable del profundo déficit de caja de la compañía, proyectado en más de medio billón de pesos para finales de 2016, aunado a un pasivo externo de \$2.4 billones y deudas pensionales sin fondear que hoy se estiman en alrededor de \$1.2 billones. La crisis financiera de Electricaribe era de tal gravedad que su propio presidente reconoció, por escrito, que a la sociedad le quedaba imposible honrar sus compromisos con el mercado de energía mayorista.”³⁵¹

Conforme con lo anterior, las expectativas legítimas no se afectan cuando la empresa por sí misma y antes de la medida, reconoce el descalabro financiero.

³⁵¹ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A., diciembre de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe>

5.4.2.2.2 La discriminación

No existe parámetro para analizar este tópico, pues el caso no se encuentra enmarcado en un escenario de libre competencia ordinaria, pues se trata de un monopolio natural de distribución eléctrica en los siete departamentos que conforman la Costa Caribe colombiana”³⁵². Por ello, no se puede sostener que hubo discriminación frente a otro operador o discriminación por alguna razón diferente u oculta. Lo que hubo aquí fue una intervención legítima del estado, llevada al límite de la espera, pues se intervino cuando ya no había más opciones sobre la mesa.

5.4.2.2.3 El abuso del poder

De la mano de ya desarrollado argumento de la plena observancia al principio de legalidad, no se avizora si quiera un indicio de posible desviación o abuso de poder por parte de Colombia. Tal y como ya se mencionó, la actuación administrativa atiende al principio de legalidad, pues la misma se toma en estricta aplicación de leyes preexistentes, vigentes y normas constitucionales que el inversionista conocía plenamente, como lo son, la ley 142 de 1994 por la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios y el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que por remisión es aplicable en casos de toma de posesión y liquidación de este tipo de entidades.

Adicionalmente, tampoco se observa un móvil o fin oculto que pueda hilar un argumento en ese sentido, pues el estado colombiano a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ejerció sus competencias de inspección, vigilancia y control de las entidades bajo su fiscalización, y tomó decisiones en pleno uso de sus competencias.

5.4.2.2.4 La falta de trato justo y equitativo

Este indicador merece un análisis más profundo, pues como ya se mencionó, los tribunales de arbitraje de inversión, vienen desechando pretensiones de expropiación,

³⁵² *Ibíd.*

pero condenando por violación a los estándares de trato justo y equitativo. Por eso, vale la pena analizar el caso desde esta perspectiva.

La garantía de trato justo y equitativo, se ha convertido en la “más socorrida, amplia y temida. Socorrida, pues la mayoría de los procedimientos recientes la involucra; amplia, dado el alcance que empieza a dársele, perfilándola como la que mas cobija, y temida, dada su abstracción”.³⁵³

Existen dos posiciones que vienen analizando el asunto, una restrictiva en la que se admite al trato justo y equitativo como una expresión que no va más lejos del estándar de trato mínimo de extranjeros del derecho internacional; y, una noción amplia, que percibe al trato justo y equitativo como un estándar independiente y que por lo tanto concede una serie de derechos a los inversionistas que van más lejos que el trato mandado por el derecho internacional.³⁵⁴

La clave para saber que teoría aplicar esta en la interpretación que el tribunal de a este concepto y eso depende del contenido del TBI Colombia España. Este tratado, por ser relativamente antiguo frente a los denominados de última generación, no reguló en lo más mínimo la figura del trato justo y equitativo, dejando la puerta abierta a los árbitros que no van a tener talanqueras en el tratado y por tanto es muy probable que apliquen las amplias interpretaciones que vienen desarrollando estos tribunales.

En efecto, el todo el TBI Colombia España, únicamente en el numeral tercero de la clausula segunda se menciona el concepto de trato justo y equitativo así:

“Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y

³⁵³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Trato Justo y Equitativo en el Arbitraje de Inversión: un ejercicio interpretativo, Universidad Iberoamericana 2009, [en línea] [fecha de consulta: 29 de abril de 2020] disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx> p 277

³⁵⁴ PRIETO, Gustavo, el trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Serie Magister, Volumen 139, junio de 2013. P 104.

equitativo y disfrutarán de plena protección y seguridad, no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones.”

La anterior, es una escueta regulación, desprovista de cualquier referencia al estándar mínimo de trato, es decir, negociada con provisiones abiertas o de carácter autónomo y sin ligarla al estándar mínimo internacional de trato, como se viene haciendo en los nuevos tratados. Esto con el para proteger y garantizar los derechos de los inversionistas extranjeros, pero con mayores parámetros de rigurosidad en cuanto a la revisión de una medida que pueda afectarlos. De esta manera, ese tipo de cláusulas buscan incidir en el umbral de responsabilidad aplicado por los árbitros para establecer la responsabilidad internacional por violación a un tratado de inversión. Bajo esa lógica, los Estados construyen su defensa argumentando que su responsabilidad está ligada a la prueba de conductas graves.³⁵⁵

En el caso Electricaribe, como viene dicho, no existe regulación alguna, por lo que los árbitros tienen carta libre para aplicar el concepto de trato justo y equitativo, sin límites, pues el tratado nada dijo al respecto.

Así, el tribunal podrá aplicar la noción amplia, que percibe al trato justo y equitativo como un estándar independiente y que por lo tanto concede una serie de derechos a los inversionistas que van más lejos que el trato mandado por el derecho internacional.³⁵⁶

³⁵⁵ CASTILLO MENESES Yadira, El trato justo y equitativo en el arbitraje de inversiones, 31 de octubre de 2017 [en línea] [Fecha de consulta 29 abril 2020] disponible en: <https://ciarglobal.com/yadira-castillo-meneses-el-trato-justo-y-equitativo-en-el-arbitraje-de-inversiones/>

³⁵⁶ PRIETO, Gustavo, el trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Serie Magister, Volumen 139, junio de 2013. p. 104.

Esta mala experiencia ya se vivió, con el reciente laudo del caso Glencore contra Colombia³⁵⁷, en donde el tribunal estableció que Colombia violó la obligación de trato justo y equitativo sosteniendo que el método usado por la Contraloría fue “irrazonable y arbitrario” pues se ignoró el impacto del compromiso de aumentar la capacidad productiva de la mina, y no se recurrió a otros métodos como simulaciones y proyecciones. En consecuencia, Colombia fue condenada por 19.1 millones de dólares más intereses y costas.³⁵⁸

Sobre esta decisión, Pablo Durán al estudiar el caso, concluye:

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

Así mismo, resulta necesario destacar la amplitud y ambigüedad con la que el tribunal estudia el estándar de trato justo y equitativo, prácticamente cualquier actuación del Estado en ejercicio de sus facultades regulatorias podría llegar a enmarcarse como una vulneración del trato justo y equitativo.”³⁵⁹

Frente a esta contundente conclusión, es claro que este estándar es el punto débil de Colombia en el caso Electricaribe, pues los tribunales lo vienen usando de manera poco rigurosa, para justificar condenas, obedeciendo esto al ya citado cuestionamiento de imparcialidad de lo arbitral del CIADI.

³⁵⁷ Laudo, Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia, ICSID Case No. ARB/16/6

³⁵⁸ *Ibidem*.

³⁵⁹ DURAN BONILLA, Pablo Arturo, La Experiencia Colombiana en el Sistema CIADI: hacia un replanteamiento de la Política Estatal frente al Derecho Internacional de las Inversiones (Tesis de Grado) Universidad Externado, Bogotá D.C., 2019, p 44

En palabras de González De Cossio, la garantía de trato justo y equitativo “dista de ser diáfana. Los últimos cinco años han presenciado la transformación de lo que era una sequía en una inundación. Los casos que ventilaban la garantía de trato justo y equitativo, se contaban con una mano. Ahora se necesita un ábaco”³⁶⁰

En el caso concreto, es previsible que se argumenten como faltas al trato justo y equitativo, todos los elementos ya revisados en esta tesis, tales como la arbitrariedad, el abuso, la violación a las expectativas legítimas, la discriminación, la falta de debido proceso, entre otras.

Conforme con lo dicho, es claro que la declaratoria de expropiación puede ser negada, pero, el Tribunal puede condenar a Colombia por violación al estándar de trato justo y equitativo, pues esto genera un menor impacto mediático, si se compara con la expropiación, y una menor rigurosidad en su estudio a favor del demandante, en comparación también con la expropiación.

5.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO Y UNA MIRADA A LA ESTRATEGIA DE LAS PARTES

La principal conclusión de este capítulo y de esta investigación, es que Colombia no expropió a Gas Natural Fenosa. En el siguiente capítulo de conclusiones generales se desglosará la anterior afirmación.

Asimismo, quedó demostrado que GNF incumplió con sus obligaciones legales, configurando plenamente las causales de intervención contempladas en la ley 142 de 1994, al no poder prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, lo cual afectó el orden público y el orden económico, todo ello en perjuicio de los usuarios y de terceros acreedores.

³⁶⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, Trato Justo y Equitativo en el Arbitraje de Inversión: un ejercicio interpretativo, Universidad Iberoamericana 2009, [en línea] [fecha de consulta: 29 de abril de 2020] disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx> p 293.

Con este capítulo se concluye también que la facultad que tienen los estados de ejercer el poder de policía, en la actualidad se encuentra seriamente amenazada. A raíz de esto, las multinacionales ejercen una presión soterrada o invisible que da como resultado un estado con excesiva cautela y prudencia para intervenir y regular, lo cual queda de lado solo en situaciones de urgencia extrema. Esta cautela se conoce en la doctrina internacional como el efecto de enfriamiento regulatorio.

De otra parte, aunque GNF mediante comunicado del 22 de marzo de 2017, sostiene que la medida de toma de posesión es una expropiación sin indemnización, y adiciona que dicha medida es un hostigamiento sobre un inversor internacional. En el caso, es claro que Colombia cuenta con todos los soportes técnicos que evidencian el descalabro financiero de la compañía y el pésimo servicio que prestaba.

Es claro que GNF atribuye su problema a la morosidad y el fraude que según ellos, Colombia pretende ignorar, sosteniendo además que “no existe un marco legal y regulatorio que proteja suficientemente a la compañía eléctrica, e impida que se vea obligada a suministrar energía sin poder cobrar.”³⁶¹

Según GNF el 8 % de sus clientes tenían conexiones ilegales y estas conductas, fraudulentas, fueron toleradas por Colombia. Para el 31 de diciembre de 2016, varias entidades públicas adeudaban a Electricaribe “aproximadamente US\$700 millones de energía que consumieron, pero no pagaron, se lee en la demanda. Para la empresa española, el hecho de que el Estado no persiguiera a quienes se estaban ‘pasando por la faja’ las facturas y las denuncias por conexiones irregulares, es una clara evidencia de que la crisis no fue por su culpa”.³⁶²

³⁶¹ Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 22 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://prensa.naturgy.com/gas-natural-fenosa-ha-solicitado-hoy-el-inicio-del-procedimiento-arbitral-para-que-se-le-devuelva-la-sociedad-colombiana-electricaribe/>

³⁶² El Espectador, Cuenta regresiva para conocer fallo en el proceso arbitral más costoso contra Colombia, 4 de julio de 2020, [en línea] [Fecha de consulta 5 de julio de 2020] disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/investigacion/cuenta-regresiva-para-conocer-fallo-en-el-proceso-arbitral-mas-costoso-contra-colombia/>

Así, se observa como GNF se aferra a hechos del devenir diario del negocio, como la defraudación de fluidos, atribuyendo a estos toda la responsabilidad del descalabro financiero y la deficiente prestación del servicio.

Por su parte, el exsuperintendente de Servicios Públicos, José Miguel Mendoza, sostiene que gracias a la intervención del estado colombiano, hoy no se habla de racionamiento de energía en la costa Caribe colombiana. Medida esta que tendría un impacto en todo el país a raíz de la crisis en el sector energético que se desencadenaría por los impagos de esta empresa a las proveedoras de energía, pues el 90 por ciento de la red de distribución de Electricaribe estaba en estado crítico; los cortes de energía de más de 100 horas al año que sufrió la Costa doblan el promedio del país; la compañía le debe \$2,4 billones a sus acreedores y tiene un pasivo pensional sin fondear de más de \$700.000 millones, acotando que la intervención se realizó un día antes de que comenzara un racionamiento generalizado de energía en la Costa Caribe.³⁶³

³⁶³ MENDOZA, José Miguel, ¿Inseguridad jurídica? Portafolio, Bogotá, 21 de marzo de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <HTTPS://M.PORTAFOLIO.CO/OPI NION/OTROS-COLUMNISTAS-1/INSEGURIDAD-JURIDICA-JOSE-MIGUEL-MENDOZA-22-DE-MARZO-DE-2017-504315>

CONCLUSIONES

El Estado colombiano, con sus actuaciones a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no expropió a la multinacional española Gas Natural Fenosa.

Quedó demostrado que ordenar mediante actos administrativos, la toma de posesión y posterior liquidación de Electricaribe, no constituye expropiación alguna, pues esta medida se tomó usando legítimamente el poder de policía del estado colombiano en defensa de un interés público, con observancia al debido proceso, atendiendo el factor de proporcionalidad y haciendo pleno uso de las facultades regulatorias del Estado, en defensa de millones de ciudadanos que padecían un deficiente servicio público.

Revisando los aspectos del caso concreto, se demostró GNF incumplió con sus obligaciones legales, configurando plenamente las causales de intervención contempladas en la ley 142 de 1994, al no poder prestar el servicio público con la continuidad y calidad debidas, lo cual afectó el orden público y el orden económico, todo ello en perjuicio de los usuarios y de terceros acreedores. Además, la misma empresa reconoció la imposibilidad de honrar sus compromisos comerciales, pues aceptaron la incapacidad de pagos de sus obligaciones mercantiles.

En cuanto a las inversiones, GNF durante su administración no mejoró las redes e infraestructura necesarias. Esto se demuestra con las claras cifras expuestas, que llevan a deducir que el mal servicio fue producto de las pobres inversiones. El año 2016 fue el año en el que se realizaron menores inversiones, “Desde 2013 la

tendencia de las inversiones realizadas por Electricaribe es claramente descendente, afectando la calidad del servicio.”³⁶⁴

Partiendo de las cifras investigadas, se concluye que el negocio de demandar al estado receptor de la inversión es formidable. Pues si se suma el costo que GNF pagó por Electricaribe, mas cinco años de su inversión en cifras suministradas por GNF, dicho valor apenas sobrepasa la mitad de las pretensiones de la demanda, es decir, GNF pretende, además de las utilidades que ya ganó a lo largo de los años de operación en Colombia, salvar el negocio completamente.

También se evidenció que el caso estudiado es un emblemático ejemplo de lo que se conoce en la doctrina como efecto de enfriamiento regulatorio o efecto disuasivo para legislar en interés público”³⁶⁵. Lo que constituye una seria amenaza a la facultad que tienen los estados de ejercer el poder de policía. A raíz de esto, las multinacionales ejercen una presión soterrada o invisible que da como resultado un estado con excesiva cautela y prudencia para intervenir y regular, lo cual queda de lado solo en situaciones de urgencia extrema como fue en este caso, un descalabro financiero con apagón inminente.

La mencionada cautela se conoce como el efecto de enfriamiento regulatorio que entra en tensión con el derecho a regular que despliegan los Estados. Este concepto, también llamado “*chilling effect*” o “*regularoty chill*”³⁶⁶ genera un efecto disuasivo

³⁶⁴ Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, LA CRISIS DE LA ELECTRIFICADORA DEL CARIBE S.A., diciembre de 2017, [en línea] [Fecha de consulta 28 enero 2019] disponible en: <https://www.superservicios.gov.co/toma-de-posesion-de-electricaribe> p 41

³⁶⁵ GONGORA MERA, Manuel, El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

³⁶⁶ SEGRERA, Ayala Yira y ORTIZ Torres Meylin, Implicaciones del TLC Colombia Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del *ius constitutionale commune* en América Latina, El

para legislar en interés público”,³⁶⁷ lo que convierte a GNF en cierta medida en un actor político, pues indirectamente ejerce una presión que puede influir en las decisiones del estado.

Se evidenció un escenario diferente, en donde si bien, no hubo expropiación, una eventual condena en contra de Colombia se puede dar, bajo la figura de la violación a los estándares de trato justo y equitativo, pues este concepto no quedó bien negociado en el tratado, además, ofrece a los árbitros, proclives a beneficiar al reclamante, menos rigurosidad conceptual y ello los lleva a emitir condenas por violación a esta cláusula.

Sobre los aspectos del arbitraje de inversión se concluye que Colombia, aunque no tiene regulación sustantiva y unificada sobre la materia, acepta la jurisdicción y competencia de tribunales internacionales de arbitraje de inversión y afronta institucionalmente estas demandas con regulación basada en decretos de reparto de competencias.

El caso Electricaribe, cursa en el CIADI, pero se le aplica la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, modificada en el año 2006.

El CIADI tiene serios cuestionamientos frente a la imparcialidad de sus árbitros y es una institución que se encuentra en crisis, pues se demostró la tendencia a condenar a

constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 348, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

³⁶⁷ GONGORA MERA, Manuel, El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018, p 42, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5078-el-constitucionalismo-transformador-en-america-latina-y-el-derecho-economico-internacional-de-la-tension-al-dialogo>

los países receptores de la inversión que en su mayoría son países en vía de desarrollo ubicados en el sur global.

Los laudos arbitrales, con influencia de la doctrina y la jurisprudencia, vienen concibiendo marcos conceptuales cada vez más diáfanos y minuciosos sobre la expropiación indirecta. No obstante, aun “no puede hablarse de un criterio unánime sobre los elementos de análisis de un caso de expropiación indirecta.”³⁶⁸

En cuanto al TBI Colombia España y la política de seguir suscribiendo este tipo de tratados, quedó demostrado que este TBI afecta negativamente a Colombia, por lo que, en futuras negociaciones, Colombia debe exigir más rigurosidad en aspectos clave de este tipo de tratados como pueden ser: la definición y conceptualización de instituciones como la expropiación, los estándares de trato justo y equitativo, nación más favorecida y el trato nacional, entre otras. Esto con el fin de tener seguridad jurídica sobre estos temas.

Colombia en futuras negociaciones de tratados bilaterales de inversión deberá excluir de manera expresa, la resolución de controversias en tribunales de arbitraje internacional de inversión como el CIADI. La solución es someter al inversionista a la justicia ordinaria del estado receptor de la inversión.

De igual manera, Colombia, deberá estudiar de manera seria, la posibilidad de denunciar el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido como el convenio de Washington de

³⁶⁸ AMADO, José Daniel y AMIEL Bruno. La Expropiación Indirecta y la Protección de las Inversiones Extranjeras, Revista de Derecho Themis 50, [sf] p 68, [en línea] [Fecha de consulta 18 enero 2020] disponible en: <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=LA+EXPROPIACION%CC%81N+INDIRECTA+Y+LA+PROTECCION%CC%81N+DE+LAS+INVERSIONES+EXTRANJERAS,+Jose%CC%81+Daniel+Amado+V,+Bruno+Amiel+R.C.&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

1965³⁶⁹ que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI.

Finalmente, Colombia debe repensar y modificar la política exterior en materia de derecho económico internacional, partiendo de una seria reflexión y estudio de conveniencia de este tipo de tratados. Teniendo en cuenta además que, como lo señalan profesores como Bernardo Vela y García Bolívar, “No hay una relación directa entre inversión extranjera y desarrollo”.³⁷⁰ Tampoco “se ha probado que suscribir un TBI garantiza la atracción de inversiones extranjeras. Por el contrario existen casos concretos que prueban que no suscribir un TBI o no ser parte de la Convención CIADI no ha impedido atraer inversiones. En América Latina el país que atrae la mayor parte de inversión extranjera que va al hemisferio es Brasil, el cual atrajo US \$ 64 mil millones en el año 2013, más del 20% del total de inversión extranjero que recibió América Latina. Sin embargo, Brasil no ha ratificado un solo TBI, ni es parte de la Convención CIADI.”³⁷¹

³⁶⁹ Colombia, Congreso de la República, Ley 267 de 1996, Diario Oficial No. 42.704, de 30 de enero de 1996, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

³⁷⁰ VELA ORBEGOZO, Bernardo. El dilema del CIADI: ¿Garantizar el flujo de las inversiones extranjeras o generar desarrollo en los Estados receptores?, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2018, p.231.

³⁷¹ GARCÍA-BOLÍVAR Omar, La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma, marzo de 2015, [en línea] [Fecha de consulta 30 de abril de 2020] disponible en: http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500137

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. La naturaleza jurídica de las leyes aprobatorias de tratados y su impacto en el sistema normativo de la constitución colombiana de 1991, *El Estado constitucional y el derecho internacional ¿El estado constitucional en jaque?* Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2018.

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela. Las Características del Arbitraje del CIADI, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/articulo/view/32/35>

AMADO, José Daniel y AMIEL, Bruno. La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras, *Revista de Derecho Themis* 50.

AMPUERO MIRANDA, Ana. Trato Nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión.

ARENAS MEZA, Miguel. La inclusión social en las relaciones entre el derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos en América latina, *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

BEREGOI, Andrian. Contrademanda estatal en arbitraje de inversiones, 22 de enero de 2018.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento) CEPAL – Colección Documentos de proyectos, Naciones Unidas, Santiago de Chile, julio de 2010.

CASTILLO MENESES, Yadira. El trato justo y equitativo en el arbitraje de inversiones, 31 de octubre de 2017, Ciar Global

CASTRO PEÑA, María Natalia. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado N° 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017,

CERVANTES VALAREZO, Andrés. Inconveniencia del arbitraje de inversión CIADI y de los órganos regionales arbitrales para América, Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016.

CORREA HENAO, Magdalena. El control de constitucionalidad de los acuerdos de inversión en Colombia. Análisis de la clausula de expropiación indirecta. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

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

DOLZER, R. y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

DURAN BONILLA, Pablo Arturo. La experiencia colombiana en el sistema CIADI: hacia un replanteamiento de la política estatal frente al derecho internacional de las inversiones (Tesis de Grado) Universidad Externado, Bogotá D.C., 2019.

ECHAIDE, Javier. Tratados de Inversiones y Derechos Humanos: los casos de Argentina en el CIADI y el derecho humano al agua, [sf]

_____. El derecho internacional de las inversiones, los derechos humanos y la gobernabilidad democrática. El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

ESLAVA, Luis; OBREGÓN, Liliana & URUEÑA, René. Imperialismo(s) y Derecho(s) Internacional(es): Ayer y Hoy, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2016.

FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo, 2013 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

FIEZZONI, Silvia Karina. *The Challenge of UNASUR Member Countries to Replace ICSID Arbitration*, *Beijing Law Review*, 2011.

GARCÍA-BOLÍVAR, Omar. La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma, marzo de 2015.

GARCÍA, L. y ARÉVALO, W. Arbitraje de inversión. Definición y aspectos procesales relevantes. En: García, L.; Aljure, A., eds. Estudios contemporáneos de derecho internacional privado. Bogotá: Universidad del Rosario y Legis Editores, 2016, 243-278.

GIL BOTERO, Enrique. Principales aspectos procesales del arbitraje inversionista-Estado, Boletín del Colegio de Registradores de España, año LIII, No. 59, Estudios y Colaboraciones, 2 de noviembre de 2018.

GONGORA MERA, Manuel. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Revista internacional de arbitraje, Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, Revista N° 4 Ene.-Jun. 2006.

_____. Trato Justo y Equitativo en el Arbitraje de Inversión: un ejercicio interpretativo, Universidad Iberoamericana 2009.

GRANATO, Leonardo; NAHUEL ODDONE, Carlos. Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, *quo vadis?* Revista Universidad EAFIT, Vol. 43. No. 148. 2007.

HERDEGEN, Matthias. Derecho económico internacional, traducción al castellano de la 9ª edición, traducción de Katia Fach Gómez y otros, Bogotá, editorial Universidad del Rosario, 2012.

HERNANDEZ, José Ignacio. El arbitraje internacional de inversiones desde el Derecho administrativo global. Reflexiones en el cincuenta aniversario del CIADI, Revista Internacional de Arbitraje, Bogotá, ISSN 1794-4252 enero – junio 2016.

_____. Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones, “*Economic regulation and international investment arbitration*”, diciembre de 2016, revista electrónica de *Diretio*, febrero de 2017 No. 1.

MÁRQUEZ-ESCOBAR, Carlos Pablo. Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración, *Int. Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, N° 11: 13-68, mayo de 2008.

MEJÍA ANAYA, Jhon. Extractivismo, Empresas Transnacionales y Derechos Humanos: Latinoamérica en Búsqueda de Justicia (Tesis de Grado) Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C. 2018

MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, noviembre de 2009, CEPAL - Serie Desarrollo Productivo No. 188, Publicación de las Naciones Unidas ISSN versión impresa 1020-5179, ISBN: 978-92-1-323329-0 LC/L.3049-P, ISSN versión electrónica 1680-8754

OLIVET, Cecilia; MÜLLER, Bettina y GHIOTTO, Luciana. Impactos de las Demandas de Arbitraje de Inversores contra Estados de América Latina y el Caribe, Publicado por Transnational Institute Ámsterdam, diciembre 2017.

PACHÓN LUNA, Andrés. El Treaty Shopping como fenómeno de elusión fiscal internacional en los convenios de doble imposición suscritos por Colombia, 2009

PÉREZ, Cesar Eduardo. DD.HH. en el Arbitraje Internacional de las inversiones, Asuntos Legales, 25 de agosto de 2018.

PAEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados, Revista Estudios Internacionales,

PRIETO, Gustavo. El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones, Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, Serie Magister, Volumen 139, junio de 2013.

RIVAS-RAMIREZ, Daniel. El vicio surrealista del monismo y el dualismo ante la metamorfosis del derecho internacional público, El Estado constitucional y el derecho internacional ¿el estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2018.

ROBAYO, Wilfredo. El principio de seguridad jurídica como mecanismo de control de ingreso de las obligaciones internacionales al ordenamiento jurídico colombiano, El Estado constitucional y el derecho internacional ¿El estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2018.

SCHILL, Stephan y DJANIC, Vladislav. El derecho internacional de las inversiones y los intereses comunitarios, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

SCHREUER, Christoph. *International and Domestic Law in Investment Disputes. The Case of ICSID.*

SEGRERA AYALA, Yira y ORTIZ TORRES, Meylin. Implicaciones del TLC Colombia Estados Unidos para los pueblos indígenas. Un análisis a la luz del *ius constitutionale commune* en América Latina: El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

SUAREZ RICAURTE, Federico. *Rethinking the hegemonic notion of foreign investment: examining the empirical evidence of the international investment system in the Global South, The Dickson Poon School of Law, King's College London.*

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

TOLE MARTÍNEZ, Julián. La neutralidad de la constitución económica colombiana. ¿Cómo racionalizar la economía social de mercado con la proliferación de tratados de libre comercio y tratados bilaterales de inversión? El Estado constitucional y el derecho internacional ¿el estado constitucional en jaque? Universidad Externado de Colombia, 2018.

UREÑA, René. Después de la fragmentación: ICCAL Derechos Humanos y arbitraje de inversiones, El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional, de la tensión al dialogo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica 839, Universidad Nacional Autónoma de México, 30 de noviembre de 2018.

VAN HARTEN, Gus y NADINE SCOTT, Dayna. Tratados de Inversión y el veto interno de propuestas regulatorias: Estudios de caso de Canadá, septiembre 26 de 2017

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

ZABALO, Patxi. América Latina ante las demandas inversor-Estado. Revista de Economía Mundial, 2012, (mayo-agosto)

INFORMES ESPECIALIZADOS

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo UNCTAD
INFORME SOBRE LAS INVERSIONES EN EL MUNDO 2019.

Contraloría General de la República de Colombia, Informe actuación especial Electricaribe, Julio de 2017.

OCDE, La “expropiación indirecta y el “derecho a regular” *“Indirect Expropriation” and the Right to Regulate*”, en *International Investment Law*, Documentos de Trabajo de la OCDE sobre inversión internacional, septiembre de 2004.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

- La Crisis de la Electrificadora Del Caribe S.A., diciembre de 2017.
- Proceso de intervención Electricaribe S.A. E.S.P. Ruty Paola Ortiz Jara. Marzo 1 de 2018.
- Reglamento de Selección de Agentes Especiales y Liquidadores.

JURISPRUDENCIA DE COLOMBIA

Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá, 25 de septiembre de 2019, Radicación Número: 85001-23-33-000-2019-00055-01

Corte Constitucional Colombiana. Sentencias.

- C-334 del 7 de mayo de 2002.

- C-309 del 3 de mayo de 2007.
- C-608 del 3 de agosto de 2010.
- C-144 del 6 de abril de 2015.
- C-252 del 6 de junio de 2019.
- T-881 del 17 de octubre de 2002.
- T-752 del 6 de octubre de 2011.
- T-895 del 31 de octubre de 2012.

Corte Suprema de Justicia Colombiana. Sala de Casación Civil, sentencia SC9909-2017, Radicación N° 11001-02-03-000-2014-01927-00, Bogotá, 12 de julio de 2017.

NORMAS INTERNACIONALES

Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Bogotá el 31 de marzo de 2005, aprobado por Colombia mediante la Ley 1069 de 2006, Diario Oficial No. 46.346 de 31 de julio de 2006.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Bogotá, el 10 de julio de 2014, aprobado mediante la Ley 1840 de 12 de julio de 2017, Diario Oficial número 50.191

Acuerdo Bilateral para la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia, elaborado en Bogotá, el 17 de marzo de 2010, aprobado mediante la Ley 1464 de 2011.

Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington el 18 de marzo de 1965.

Ley modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), modificada en la 64ª Sesión Plenaria de 4 de diciembre de 2006.

Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

NORMAS NACIONALES

Congreso Nacional de la República de Colombia.

- Decreto Ley 663 de 1993, Diario Oficial No. 40.820, del 5 de abril de 1993 "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración"
- Ley 59 del 26 de diciembre de 1967 por la cual se crea la Corporación Eléctrica de la Costa Atlántica.
- Ley 267 de 1996, Diario Oficial No. 42.704, de 30 de enero de 1996, Por medio de la cual se aprueba el "Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.
- Ley 1450 de 2011, Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011, Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.
- Ley 1563 de 2012, Diario Oficial No. 48.489 de 12 de julio de 2012, Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

Constitución Política de Colombia.

Departamento Nacional de Planeación de la República de Colombia.

- Documento CONPES 3684 de 2010: Fortalecimiento de la estrategia del Estado para la prevención y atención de controversias internacionales de inversión.
- Documento CONPES No. 3966 del 19 de julio de 2019.

Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de la República de Colombia.

- Decreto 1859 de 2012, Diario Oficial No. 48.545 de 6 de septiembre de 2012, por el cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se dictan otras disposiciones.
- Decreto 1939 de 2013, Diario Oficial No. 48.908 de 9 de septiembre de 2013, Por el cual se reglamenta la atención de controversias internacionales de inversión y se deroga el Decreto número 1859 de 2012.
- Resolución 305 de 2014, Diario Oficial No. 49.052 de 2 de febrero de 2014, Por la cual se establece el procedimiento para la atención de las controversias internacionales de inversión y se reglamenta el Decreto número 1939 de 2013.

Ministerio de Justicia y del Derecho de la República de Colombia.

- Decreto-Ley 4085 de 2011 Diario Oficial No. 48.240 de 1 de noviembre de 2011, Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- Decreto 915 de 2017, por el cual se modifica parcialmente las funciones y estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.
- Por el cual se crea la Comisión Intersectorial para la Atención de Controversias Internacionales de Inversión, se crea un Capítulo en el Título 3 del Libro 2 del Decreto 1069 de 2015, Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho, y se dictan otras disposiciones.

Ministerio de Minas y Energía.

- Comunicado de prensa, Barranquilla, 1 de septiembre de 2016.
- PLAN 5 CARIBE, 12 de junio de 2015.

Presidencia de la República de Colombia. Directiva Presidencial N° 2 del 27 de abril de 2016: Atención Controversias Internacionales de Inversión.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de la República de Colombia.

- Resolución SSPD20161000062785 del 14 de noviembre de 2016.
- Resolución No. SSPD – 20161000062795 del 14 de noviembre de 2016.
- Resolución SSPD – 20171000005985 del 14 de marzo de 2017.

Superintendencia Financiera de la República de Colombia. Concepto No. 2000003893-1, febrero 28 de 2000.

LAUDOS ARBITRALES (CIADI)

Laudo arbitral CIADI

- (Caso No. ARB / 08/5) Burlington Resources Inc. v. República del Ecuador, 7 febrero 2017.
- Caso No. ARB/07/26, Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa V. La República Argentina, 8 de diciembre de 2016.
- No. ARB(AF)/04/6, Vanessa Ventures Ltd. Contra la República Bolivariana de Venezuela, 16 de enero de 2013.

- No. ARB(AF)/97/1, Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos, 30 de agosto de 2000.
- No. ARB/10/7, Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. contra la República Oriental del Uruguay, 8 de julio de 2016.
- No. ARB/97/3, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina, 20 de agosto de 2007.
- No. ARB/03/19 Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. contra la República Argentina.
- No. ARB 11/25 OI European Group B.V., contra Venezuela, 10 de marzo de 2015.
- No. ARB/16/6 Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. contra la República de Colombia.
- No. ARB/14/4, Unión Fenosa Gas, S.A. contra la República Árabe de Egipto, 31 de agosto de 2018.
- No. ARB/00/6, Consortium R.F.C.C. contra el Reino de Marruecos 22 de diciembre de 2003.

OTROS

ACOSTA, Amylkar. El plan de salvamento de Electricaribe, La República, 8 de junio de 2019

ALARCÓN RODAS, Norman. La olla a presión del servicio eléctrico en la Costa Atlántica, 27 de noviembre de 2014.

_____. Representante del movimiento Indignados por Electricaribe Entrevista telefónica, 2 de abril de 2020.

ARRIETA ARDILA, Laura. La Silla Vacía, el fracaso del plan para resolver el problema de Electricaribe, 12 de agosto de 2016.

BARRIENTOS MARÍN, Jorge. 5 de marzo de 2019, Electricaribe: la historia de un fracaso social, Portafolio.

Boletín de Prensa, Senador Jorge Enrique Robledo, Bogotá, 8 de noviembre de 2016.

Carta del senador Jorge Robledo al presidente Juan Manuel Santos, Bogotá, 11 de noviembre de 2016 Ref. No puede permitirse que Electricaribe apague la Costa.

Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 15 de noviembre de 2016.

Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 14 de marzo de 2017.

Comunicado de prensa Naturgy, Barcelona, 22 de marzo de 2017.

Comunicado de prensa No. 19 Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, “Agencia enfrenta con sólida estrategia de defensa casos América Móvil y Gas Natural Fenosa”, Bogotá, 17 de diciembre de 2019.

El País, Gas Natural retira la demanda contra Argentina por ruptura de contrato, 14 de marzo de 2005.

El Espectador, Protestas en Barranquilla contra Electricaribe, 11 de agosto de 2016.

El Espectador, Cuenta regresiva para conocer fallo en el proceso arbitral más costoso contra Colombia, 4 de julio de 2020.

María Claudia Lacouture: “España tiene 30 arbitrajes y es buen destino de inversión. El Mundo, 23 de marzo de 2017.

MENDOZA, José Miguel. ¿Inseguridad jurídica? Portafolio, Bogotá, 21 de marzo de 2017.

Liquidación de Electricaribe sigue adelante: Mendoza, El Herald, Barranquilla, 23 de marzo de 2017.

Misterio de Comercio Industria y Turismo de la República de Colombia. Estado colombiano y controversias internacionales de inversión, Bogotá, 4 de abril del 2016.

Portafolio.

- Entrevista a la Superintendente de servicios públicos domiciliarios, Natasha Avendaño. Julio 1 de 2019.
- Las obras que no se hicieron y tienen en jaque a Electricaribe, 18 de diciembre de 2018.
- Nación ha girado subsidios a Electricaribe por \$5,6 billones, 21 de octubre de 2018.

PRIETO-RIOS, Enrique y URUEÑA, René. Lo que hay que saber de la demanda contra Colombia por Electricaribe, 26 de marzo de 2017.

Revista Dinero. Interés oculto en Corelca, 31 de julio de 1998.

Revista Semana. La crítica situación de Electricaribe, 22 de abril de 2016.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

- Toma de posesión de Electricaribe, Palabras de José Miguel Mendoza Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, Rueda de prensa Barranquilla, 15 de noviembre de 2016.
- EPM y Consorcio Energía de la Costa operarán servicio de energía eléctrica en la región Caribe, anuncia Superservicios, 20 de marzo de 2020.

YANCES PEÑA Miguel, Historia olvidada, Diario El Universal, 2 de enero de 2012.

ZULUAGA PARDO Carlos, 10 mentiras de Electricaribe, Las Dos Orillas, 17 de junio de 2015.

ANEXOS

Derecho de petición radicado ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el 20 de diciembre de 2019.

Respuesta a derecho de petición emitida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, radicado No. 20206000001611 del 7 de enero de 2020.

Derecho de petición radicado ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el 26 de diciembre de 2019.

Derecho de petición radicado ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado el 20 de diciembre de 2019.

Respuesta a derecho de petición emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado, radicado No. 20191030205441-OAJ.

Derecho de petición radicado ante la Cancillería de Colombia el 17 de diciembre de 2019.

Respuesta a derecho de petición presentado a la Cancillería, pero contestado por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, radicado No. 2-2019-036172 de fecha 31 de diciembre de 2019.

Derecho de petición radicado ante la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado el 24 de septiembre de 2019.

Respuesta a derecho de petición emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado, radicado No. 201910300187671-OAJ.

Respuesta a derecho de petición emitida por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del estado, radicado No. 20188001459892.

Derecho de petición radicado ante el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, radicado el 24 de septiembre de 2019.

Respuesta a derecho de petición emitida el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, radicado No. 2-2019-029109 del 7 de octubre de 2019.

Derecho de petición radicado ante Gas Natural Fenosa Engineering S.A.S., radicado el 7 de enero de 2020.