

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO POR  
CAMBIOS NORMATIVOS DE ORDEN AMBIENTAL: UN ANÁLISIS A PARTIR  
DEL CASO DE LA PRETENDIDA EXPLOTACIÓN MINERA EN EL PÁRAMO DE  
SANTURBÁN

SONIA ADRIANA MOTTA GARAVITO

Maestría en Derecho del Estado con Énfasis en Derecho Público

Director: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
BOGOTÁ D.C.

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO DEL ESTADO CON ÉNFASIS EN DERECHO  
PÚBLICO

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Dra. Martha Hinestrosa Rey

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

Directora Departamento Derecho Constitucional: Dra. Magdalena Correa Henao

Director de Tesis: Dr. Wilfredo Robayo Galvis

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

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	6
1. PANORAMA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA	6
1.1. Características del derecho internacional de inversiones	6
1.2. Principales estándares del derecho de las inversiones	12
1.3. La expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión	19
1.4. La estabilidad jurídica como mecanismo de protección a los inversionistas extranjeros	26
1.5. La garantía de estabilidad jurídica inmersa en los estándares de trato	33
CAPÍTULO II	36
2. EL PODER REGULATORIO DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL EN UN PANORAMA DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN	36
2.1. La evolución normativa ambiental en Colombia	36
2.2. La influencia de la jurisprudencia constitucional en la materia	48
CAPÍTULO III	
3. LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS Y LAS INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALES	60
3.1. Contexto del caso de la pretendida explotación minera por parte de la empresa Eco Oro en el páramo de Santurbán	60
3.2. Análisis de la controversia	69

CONCLUSIONES	88
BIBLIOGRAFÍA	91

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analizará la “Responsabilidad internacional del Estado colombiano por cambios normativos de orden ambiental”, y para el efecto se abordará la problemática a partir del caso de la pretendida explotación minera en el páramo de Santurbán por parte de la empresa Eco Oro.

El caso que se estudiará pondrá mas de una materia en contexto, de un lado el derecho internacional que regula las relaciones entre estados e inversores extranjeros, de otro el derecho ambiental que reglamenta la explotación de recursos naturales no renovables en un marco de desarrollo sostenible, y en una menor medida también se acotará lo pertinente al derecho minero que dispone lo concerniente a la ejecución de los contratos mineros.

Al iniciar haciendo referencia a la responsabilidad internacional vale decir que, los estados como autores del derecho internacional, intentan establecer reglas para regular sus relaciones, y en este camino que se traza a la par de la búsqueda del desarrollo económico, y en el afán por atraer la inversión extranjera, terminan siendo víctimas de sus propios acuerdos. El análisis del caso mostrará como, con ocasión al auto sometimiento al derecho internacional, resulta inevitable el surgimiento de nuevas y diversas disputas, por la colisión de tratados y acuerdos internacionales con el derecho interno.

Ahora bien, tratándose de un caso en el que, acreditando un título válidamente otorgado, se pretendía adelantar explotación minera, es necesario mencionar que las actividades que hoy llamamos como de explotación de los recursos naturales no renovables, se remontan a la época precolombina, donde las culturas indígenas y afro extraían piedras y materiales preciosos como el oro y las esmeraldas, destinados a la joyería y la ornamentación.

Con la llegada de los españoles en el siglo XIX, “los gobiernos de la colonia trajeron la legislación minera que regía en España desde la Edad Media y la impusieron, al menos formalmente a la actividad minera de estos territorios”<sup>1</sup>. Así desde los primeros años de la colonia, la minería se consolidó como una de las principales actividades económicas en el país; y en la actualidad es una actividad que se ha industrializado y normativizado.

De manera que, los recursos naturales no renovables que en su momento fueron objeto de dominación de los poderosos sobre los aborígenes y los negros (a quienes explotaban en

---

<sup>1</sup> POVEDA RAMOS, Gabriel. Cinco siglos de variantes y desarrollos - La minería colonial y republicana. [En línea] Disponible en: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-151/la-mineria-colonial-y-republicana> (Consultada: 26 de abril de 2020)

el trabajo de las minas), -luego de una lucha por el reconocimiento de derechos humanos, laborales, económicos y la instauración de principios y normas de derecho público-, pasaron a ser de todos los ciudadanos –en quienes reside la soberanía del estado<sup>2</sup>-.

Así, la ejecución de las actividades de explotación minera ha evolucionado a la par de la protección de los recursos naturales y el ambiente, y del derecho internacional económico.

En consecuencia, las actividades extractivas permitidas por el Estado en principio bajo una óptica única de obtener un provecho económico, con el pasar de los años se fueron tecnificando, bajo la necesidad de realizarlas sin desmedro de los recursos naturales, concebidos -luego de un amplio debate y lucha sobre el tema- también como de especial protección, dado el reconocimiento del ambiente sano como un derecho de todos los ciudadanos.

A la par también, y gracias a la globalización económica, los recursos mineros dejaron de ser aprovechados solo por el Estado, pudiendo ser explotados por inversores extranjeros, al reconocer su potencialidad, su experticia en el tema técnico, y el aporte económico que podrían generar al país.

Desde otra arista, la suscripción de acuerdos internacionales<sup>3</sup>, los cuales valga decir, se celebran de manera autónoma por los estados, con el fin de blindar sus relaciones jurídicas y negociales; se convierten en ley para las partes, por lo que un incumplimiento puede generar una eventual responsabilidad internacional<sup>4</sup>. A su vez en su formulación se

---

<sup>2</sup> República de Colombia. Constitución Política de Colombia. Artículo 3o. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.

<sup>3</sup> BRAVO LEDEZMA, Serafín y DUSSÁN, Gustavo Hernán. Análisis al avance en la ejecución de la locomotora minero-energética Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 [En línea]. Disponible en [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5064/GustavoDussan\\_SerafinBravo\\_2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5064/GustavoDussan_SerafinBravo_2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y) (Consultada: 26 de abril de 2020)

Los dos pasados gobiernos suscribieron una cantidad considerable de acuerdos y tratados internacionales. El ex presidente Juan Manuel Santos al iniciar su primer periodo de gobierno, pretendió darle un giro a la política internacional colombiana. “Desde el día de su posesión, manifestó la intención de apuntar hacia una política exterior diversificada y cooperativa, a través de la cual Colombia se posicionara como un actor internacional relevante”, la seguridad, ya no era el tema central, dando paso la ‘prosperidad para todos’, con la ‘locomotora minera’, pero también, volcando la atención frente a la protección del medio ambiente. “Las locomotoras quedaron consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014 “Prosperidad para todos” como uno de los tres pilares para el crecimiento económico y la generación de empleo. Estos sectores, que avanzan o deberían de avanzar con un mayor dinamismo que el promedio de la economía, son la infraestructura, la vivienda, el sector minero energético, la innovación y la agricultura (Departamento Nacional de Planeación, 2010)”

<sup>4</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83. Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos

contemplan normas propias del derecho internacional económico, denominadas estándares de trato.

Bajo este escenario se analizará la emisión de leyes en materia ambiental por parte del legislativo y de regulaciones del mismo orden por parte del ejecutivo, que luego bajo el control del poder judicial, terminan generando cambios, que son vistos por los inversores como ‘adversos’, para quienes los mismos, suponen expropiaciones indirectas, cambios regulatorios desfavorables, o desconocimiento al trato justo y equitativo, o a otros estándares que, en el marco de los tratados internacionales se incluyen con el fin de garantizar ‘estabilidad jurídica’, y que por ende, desde su óptica, dan lugar a demandas internacionales.

Se mostrará como Colombia firma tratados internacionales, y de manera autónoma acepta el sometimiento futuro a un tribunal internacional para que dirima los eventuales conflictos que se puedan presentar, y en paralelo sus agentes nacionales emiten sus decisiones dando primacía al derecho interno<sup>5</sup>, por lo que tales decisiones pueden terminar chocando con los compromisos acordados en el tratado. Entonces cuando el agente internacional, considera vulnerados los compromisos internacionales y acude ante el tribunal internacional, el Estado colombiano se ve envuelto en un litigio, cuyas implicaciones en el terreno de la responsabilidad internacional, resultan contradictorias frente a los ideales iniciales por los que se aceptó el sometimiento al tratado.

Según la información del CIADI (finalizando el año 2020), se encontraban 14 demandas pendientes en contra del Estado colombiano, por parte de inversores extranjeros (la mayor parte de ellos inversores mineros) ante su Tribunal de Arbitraje, que podrían costarle al

---

[En línea] Disponible en:  
[http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr\\_imt\\_services.GenericView?p\\_docname=22634788.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/PORtal.wwsbr_imt_services.GenericView?p_docname=22634788.PDF)  
(Consultada: 9 de julio de 2020)

Artículo 1. Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos.

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

Artículo 2. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado

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

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

<sup>5</sup> HUERTAS CÁRDENAS, Julián. Monismo moderado colombiano: examen a la teoría oficial de la Corte Constitucional desde la obra de Alfred Verdross. [En línea] 132 Universitas, 197-234 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.Mmce.p.14>. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n132/n132a07.pdf> (Consultada: 5 de junio de 2020)

El autor alude que: “para un juez u otra autoridad nacional, existe el deber de aplicar una norma interna a pesar de que ello suponga el incumplimiento de una obligación internacional y, en consecuencia, genere la responsabilidad internacional del Estado colombiano. (...) En efecto, la Corte llama a evitar este tipo de situaciones, pero mantiene inalterable la obligación de aplicar el derecho interno en perjuicio de las obligaciones internacionales”

país cuantiosas sumas de dinero<sup>6</sup>. Una de ellas es la demanda de la multinacional Eco Oro, contra la República de Colombia, quien con contratos mineros vigentes y a consecuencia de la delimitación del páramo de Santurbán, que le imposibilitaba adelantar la explotación, entabló demanda internacional aludiendo la violación a compromisos pactados conforme al TLC firmado entre Colombia y Canadá.

Ha de señalarse que las implicaciones de las demandas de los inversionistas extranjeros, como la de Eco Oro, no solo tienen un alto costo económico, sino que ponen en tela de juicio la capacidad jurídica del país para resolver conflictos contractuales, y la estabilidad jurídica que propugnaba brindar a sus inversores extranjeros.

A partir del análisis del caso, se determinará si el Estado falla o no, en su intención de regular sus relaciones internacionales, pues si bien, el ideal es que, bajo la sombrilla del derecho internacional, los inversores extranjeros, acudan con tranquilidad a celebrar acuerdos con el Estado colombiano, lo cierto es que el derecho interno (leyes o pronunciamientos judiciales), muchas veces no se acompasa con los estándares que regulan las relaciones entre los estados.

Trazado así el escenario, el trabajo se dividirá en tres capítulos. El primero de ellos describirá el panorama general del derecho internacional de la inversión extranjera, para lo cual se aludirá a las principales características del derecho internacional de inversiones, las cuales se sintetizarán a partir de la esencia en sí misma de este y de la forma como se materializa; luego se hará un esbozo de los principales estándares del derecho de las inversiones, a saber: el trato justo y equitativo, el trato de nación mas favorecida, y el trato nacional, así como la expropiación indirecta, haciendo referencia a estos, en virtud de su relación con el caso que se estudiará, y por último se hará un análisis de la estabilidad jurídica como mecanismo de protección a los inversionistas extranjeros y de la garantía de estabilidad jurídica inmersa en los estándares de trato, a partir del cual se pretende hacer ver que la estabilidad jurídica, no solo se presenta a través de cláusulas y contratos, sino también mediante otras modalidades.

En el segundo capítulo, se abordará la evolución normativa ambiental en Colombia -centrándose en la protección a los ecosistemas de páramo-, partiendo del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, hasta la actualidad y se seguirá con la influencia de la jurisprudencia constitucional en la materia, con el fin de mostrar la relevancia y los efectos de los pronunciamientos de la Corte

---

<sup>6</sup> CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases> (Consultada: 10 de diciembre de 2020)  
Ver también: Revista Semana “Las diez demandas al Estado que le costarían 17 billones de pesos” [En línea] Disponible en: <https://www.semana.com/economia/articulo/diez-demandas-al-estado-colombiano-costarian-17-bilones-de-pesos/629523> (Consultada: 3 de junio de 2020)

Constitucional, no solo en la interpretación sino en el modo de aplicación de las normas ambientales, y su incidencia a nivel internacional.

Se finalizará con el capítulo tercero, en el que se plantearán las consideraciones a partir de las cuales se pretende responder si los cambios normativos y las interpretaciones constitucionales en materia ambiental pueden conllevar a responsabilidad internacional del Estado colombiano, para lo cual se abordará el análisis de la controversia por la explotación de oro en el páramo de Santurbán; caso que de manera diáfana, mostrará como convergen el derecho internacional de la inversión extranjera y el poder regulatorio del Estado en materia ambiental, como asuntos que si bien en principio parecen materias opuestas y sin punto aparente en común, terminan concurriendo en un diagnóstico de presunta responsabilidad internacional del Estado colombiano, al no lograr estar aparejadas en sus fines y objetivos.

## CAPÍTULO I

### 1. PANORAMA GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

#### 1.1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Es sabido que el derecho internacional público como hoy se conoce, difiere de la concepción original del mismo, disciplinas como el derecho de inversiones, el derecho ambiental, el derecho minero, el nuevo orden económico internacional<sup>7</sup> y la responsabilidad internacional, han llevado a que los tratados y acuerdos suscritos entre Estados se vean permeados de nuevas cláusulas y obligaciones, -que bajo el reconocimiento de los inversionistas como actores principales del derecho internacional de inversiones-, buscan de un lado proteger y atraer la inversión extranjera, y de otro brindar seguridad jurídica de parte de los estados receptores de la inversión<sup>8</sup>.

Así las cosas, el derecho internacional de inversión se ha constituido como una “compleja red de acuerdos internacionales de inversión (AII) a nivel bilateral, regional y multilateral, al interior de los cuales los Estados receptores e inversionistas extranjeros establecen el régimen jurídico de trato y protección a la inversión”<sup>9</sup>, o en otras palabras, consiste en las reglas de juego que definen la forma como se desarrolla la inversión, con el fin de protegerla frente a posibles acciones del Estado receptor que puedan perjudicarla. De

---

<sup>7</sup> El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, define el Nuevo Orden Económico Internacional, como “la Declaración y programa de acción impulsados por los países en vías de desarrollo y formulados principalmente en las resoluciones 3201 y 3202 (S-VI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 1 de mayo de 1974, aprobadas por el consenso, pero con importantes reservas por parte de países occidentales. Responden a objetivos de alcanzar un sistema económico internacional basado en la equidad, la igualdad soberana y la cooperación entre todos los estados, con el fin de corregir las desigualdades y eliminar las disparidades de desarrollo. [En línea] Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/nuevo-orden-economico-internacional-noei> (Consultada: 30 de septiembre de 2020)

<sup>8</sup> GARCÍA BOLÍVAR, Omar. La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma. [En línea] Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. On-line versión ISSN 2304-7887 (En línea) ISSN 2307-5163 (impreso) DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137> RSTPR Vol. 3 No. 5 Asunción Mar. 2015, pp. 137-163. Disponible en: [http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-78872015000500137](http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500137) (Consultada: 20 de septiembre de 2020)

<sup>9</sup> BERNAL PÉREZ, Diana Carolina. El Derecho Internacional de Inversión: Las Cláusulas de Estabilidad: ¿Un Caso de Protección Internacional Prima Facie? ISBN-13: 978-3659077234 ISBN-10: 3659077232, Editorial: EAE, 2013, p. 1.

manera que, el derecho internacional de inversión se ocupa de los asuntos relacionados con la forma como la inversión extranjera directa, incide en la economía y la política<sup>10</sup>.

Como se señaló anteriormente, el derecho internacional de inversión, suele contenerse en tratados bilaterales de inversiones, que se consideran por excelencia la modalidad más tradicional de afrontar el problema del riesgo no-comercial en la inversión extranjera<sup>11</sup>, y que son definidos como “acuerdos entre dos países para proteger la seguridad jurídica de los inversores”<sup>12</sup>, los cuales se suscriben luego de un proceso de negociación entre dos estados, en donde unos “interesados en proteger el capital de sus nacionales han aceptado y logrado que los otros -los interesados en financiar su desarrollo- acepten reglas que benefician a unos terceros: los inversionistas extranjeros”<sup>13</sup>, así también, como en el caso que se analizará en el presente trabajo, se contiene en tratados de libre comercio, con capítulo de inversión<sup>14</sup>, cuyo principal objetivo es atraer la inversión extranjera, así como la inclusión de la economía nacional en canales comerciales y financieros de orden mundial, que redunden en la transferencia de nueva tecnología, en la ampliación de conexiones con mercados internacionales, en el fortalecimiento de la industria nacional, y en la entrada de mayores ingresos de parte de los inversionistas<sup>15</sup>.

Y la razón de ser de la celebración de estos acuerdos internacionales, radica en que, en principio, cuando un inversionista extranjero, veía afectada su inversión a causa de algún actuar imputable al Estado receptor, las opciones que encontraba para resarcir el perjuicio generado, bajo la óptica del derecho internacional público, eran básicamente buscar una

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> AMADO, José Daniel. Los instrumentos internacionales de garantía a la inversión extranjera y la Constitución Política del Perú. [En línea] Disponible en: [Dialnet-LosInstrumentosInternacionalesDeGarantiaALaInversi-5109898.pdf](http://Dialnet-LosInstrumentosInternacionalesDeGarantiaALaInversi-5109898.pdf) (Consultada: 3 de diciembre de 2020)

<sup>12</sup> KUCHARZ, Tom y RICO GARCÍA-AMADO, Luis. Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal. [En línea] Observatorio de Multinacionales en América Latina. Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148> (Consultada: 12 de julio de 2020)

<sup>13</sup> GARCÍA BOLÍVAR. Op. Cit.

<sup>14</sup> DE ECHAVE, José. El Capítulo de Inversiones, el TLC. [En línea] Disponible en: [http://www.redge.org.pe/sites/default/files/el\\_capitulo\\_inversiones\\_TLC.pdf](http://www.redge.org.pe/sites/default/files/el_capitulo_inversiones_TLC.pdf) (Consultada: 3 de diciembre de 2020)

“Todos los TLC firmados han incorporado capítulos específicos referidos al tema de las inversiones. En 1992 se adoptó el controvertido Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), referido a la promoción de la inversión extranjera que concede derechos y poderes sin precedentes a las empresas transnacionales. Desde entonces, estas provisiones han sido un referente para los tratados de libre comercio a todo nivel. Tanto el Acuerdo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), como los TLC de los Estados Unidos con Centro América, Chile y los países andinos, incluyen provisiones sobre la inversión que se basan en el Capítulo 11 del TLCAN.”

<sup>15</sup> GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión [En línea] Anuario Colombiano de Derecho Internacional, vol. 12, 2019. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429558483004/index.html> (Consultada: 3 de diciembre de 2020)

negociación directa con el Estado receptor de la inversión, demandarlo ante sus propios tribunales<sup>16</sup> o acudir al Estado de su nacionalidad para que le otorgara protección diplomática<sup>17</sup>.

Frente a las dos primeras opciones señaladas, se criticaba la ausencia estricta de garantías, bajo el argumento de que el Estado nacional podía a su arbitrio influir en la forma como se debía otorgar esa protección, y en relación con la tercera opción se recusaba lo engorroso que podría resultar acudir ante la Corte Internacional de Justicia<sup>18</sup>, sobre todo porque se trataba de controversias entre Estados, donde el inversionista no tenía opción de participar.

Por lo que fue hasta 1959, con la suscripción del primer tratado de protección de inversiones extranjeras celebrado entre Alemania y Pakistán, que se origina un “sistema integrado de protección al inversionista y a la inversión extranjera”<sup>19</sup>, a partir del cual, se ha construido una evolución hasta concretar lo que hoy conocemos.

Posteriormente pero paralelo a tal evolución, y bajo el patrocinio del Banco Mundial, en 1966, se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI- establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Ambos eventos representan un hito por virtud del cual, a partir de su creación y mediante la conciliación o el arbitraje resultó posible acudir a tales, con el fin de dar solución a las controversias que en materia de inversión se suscitaban entre Estado receptor contratante a la Convención e inversionista extranjero de otro Estado también contratante<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> LINARES CANTILLO, Alejandro. El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. [En línea] Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2019. Disponible en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/epubreader/el-derecho-aplicable-en-arbitraje-de-inversin> (Consultada: 12 de agosto de 2020)

<sup>17</sup> SOMMER, Christian. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. [En línea] ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 6, pp. 95-130, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4941865> p. 99 (Consultada: 23 de septiembre de 2020)

<sup>18</sup> GARCÍA BOLÍVAR. Op. Cit.

<sup>19</sup> GARCÍA BOLÍVAR. Op. Cit.

<sup>20</sup> CONVENIO CIADI, REGLAMENTO Y REGLAS. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU. [En línea] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> (Consultada: 19 de septiembre de 2020)

No obstante su existencia, fue hasta la década de los 90, que los inversionistas empezaron a acudir al Centro a efecto de dirimir sus disputas con Estados receptores de su inversión; momento a partir del cual ha ido en incremento el número de casos presentados<sup>21</sup>, encontrándose a diciembre de 2020, 284 casos pendientes y 536 casos concluidos<sup>22</sup>.

En contraste con las iniciales posibilidades para el inversor extranjero, de acudir a los jueces locales del país receptor de la inversión, o alegar la institución de la protección diplomática<sup>23</sup>, la nueva opción de acudir al sistema del derecho internacional de las inversiones resultó claramente más ventajosa, pues además de no requerirse el agotamiento previo de recursos internos, gozaba de un acceso fácil y más garantista para el inversor<sup>24</sup>.

- Características

Implica una limitación a la soberanía

En la medida, en que los estados por voluntad propia deciden celebrar tratados y acuerdos internacionales, es en virtud de su soberanía que deciden auto limitar ciertos aspectos en pro de atraer la inversión<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> GARCÍA BOLÍVAR. Op. Cit.

<sup>22</sup> Información tomada de la página oficial del CIADI [En línea] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases> (Consultada: 29 de diciembre de 2020)

<sup>23</sup> CÁRDENAS, Andrés. ¿Cómo el arbitraje de inversión y los tratados internacionales de inversión han contribuido a una re-conceptualización de los sujetos del derecho internacional público y específicamente en la legitimación de los particulares para demandar la responsabilidad internacional de los Estados? [En línea] Disponible en” <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/como-el-arbitraje-de-inversion-y-los-tratados-internacionales-de-inversion-han-contribuido-a-una-re-conceptualizacion-de-los-sujetos-del-derecho-internacional-publico-y-especificamente-en-la-leg/> (Consultada: 3 de diciembre de 2020)

“La visión clásica de los Estados como los únicos sujetos del derecho internacional público, llevaba concluir que cuando quiera que un particular extranjero considerara violado alguno de sus derechos por parte de un Estado, tendría que ser el Estado del que era nacional ese extranjero, el que iniciara una acción en contra el Estado supuestamente infractor. Fue a lo que se le denominó la protección diplomática.

La protección diplomática comporta tres características fundamentales: la primera es la nacionalidad del particular que solicita la protección, es decir, que este deber ser considerado nacional bajo la legislación del Estado ante quien se solicita dicha protección. La segunda es, la exigencia de que el particular afectado haya agotado los recursos locales del Estado que considera infractor y la tercera, es la total discrecionalidad del Estado de ejercer o no la protección diplomática. Es decir, que no obstante en un caso concreto se configuren todos los elementos propios de la protección diplomática, el Estado solicitado a ejercerla, podría válidamente negarse a llevarlo a cabo, basado en un simple juicio de inconveniencia. En este sentido, debía entenderse que la protección diplomática era un verdadero derecho de los Estados y cuando esta era ejercida en nombre de un particular, el Estado no delegaba su derecho a ese particular, sino que la ejercía como una potestad puramente estatal.”

<sup>24</sup> LINARES CANTILLO. Op. Cit., Conclusiones Generales.

<sup>25</sup> GARCÍA BOLÍVAR. Op. Cit. y

### Involucra un sometimiento voluntario de parte de los Estados

Es un postulado base del sistema arbitral del CIADI, el sometimiento voluntario específico de las diferencias de naturaleza jurídica originadas como tal en una inversión por parte de los Estados y de los nacionales de otros Estados contratantes. La naturaleza voluntaria del sistema pretende garantizar mediante la exigencia del consentimiento escrito que la sola ratificación del Convenio por parte del Estado contratante no representa una obligación de someter diferencia alguna a tal, sin que medie consentimiento<sup>26</sup>.

### Su fin principal es el desarrollo económico

Bajo el reconocimiento de la influencia de las inversiones internacionales de carácter privado en el desarrollo económico de los países, y entendiendo que, sin perjuicio de este fin, pueden suscitarse controversias, el derecho internacional de inversiones representa un marco legal, que pretende atraer la inversión y el desarrollo económico, garantizando seguridad jurídica<sup>27</sup>.

### Se rige por acuerdos internacionales

Los acuerdos internacionales de inversión se erigen como los instrumentos por virtud de los cuales se ejecuta tanto la promoción como la protección de la inversión extranjera. Tales se pueden enlistar así:

- Tratados bilaterales de inversión, o acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones extranjeras (APPRI o BIT por sus siglas en inglés).
- Tratados de doble tributación.

---

BAQUERO MONTOYA, Sara y MENA RAMÍREZ, Erika. El fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión. [En línea] Disponible en: [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria\\_BaqueroMontoya\\_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (Consultada: 4 de diciembre de 2020)

“Los Estados han tenido que ceder parte de su soberanía en la búsqueda de capital foráneo, en la medida que han tenido que aceptar ciertos procedimientos o presiones impuestos por los inversionistas, como el sometimiento de disputas ante el Arbitraje Internacional. Esta cesión de soberanía puede llevar al extremo de que los Estados anfitriones pierdan autonomía para atender y regular situaciones propias, pues correrían el riesgo de chocar con los intereses de los inversores. Situación en la que eventualmente podrían alegar encontrarse frente a la presencia de una expropiación indirecta.”

<sup>26</sup> PÉREZ ESCALONA, Susana. Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International Vs. República Argentina. [En línea] REDUR 8, diciembre 2010, págs. 111-122. ISSN 1695-078X Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/perezescalona.pdf> (Consultada: 1 de octubre de 2020)

<sup>27</sup> CONVENIO CIADI, REGLAMENTO Y REGLAS. Op. Cit.

-Acuerdos<sup>28</sup> de inversión: o acuerdos de inversión y comercio preferencial (AICP) que también se denominan como: "tratado de libre comercio" (TLC), "acuerdo comercial regional", "acuerdo de asociación económica" "acuerdo de integración económica", "acuerdo de asociación de la nueva era", "acuerdo de complementación económica", "acuerdo para el establecimiento de una zona de libre comercio" o "acuerdo de cooperación económica más estrecha".

-Convenios internacionales de organismos multilaterales de protección de la inversión extranjera<sup>29</sup>.

### Se rige por el derecho internacional

De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>30</sup>, la cual se aplica a los tratados entre Estados, se tiene que estos: i) deben interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin<sup>31</sup>, ii) no es posible invocar las disposiciones del derecho interno de cada una de las partes como justificación del incumplimiento de un tratado<sup>32</sup> y iii) su vulneración solo puede ser calificada como hecho ilícito internacional conforme al derecho internacional público<sup>33</sup>.

### Re-conceptualización de los sujetos del derecho internacional público

---

<sup>28</sup> BERNAL PÉREZ. El Derecho Internacional de Inversión: Las Cláusulas de Estabilidad: ¿Un Caso de Protección Internacional Prima Facie?, Op. Cit., Enfatiza que: "El término acuerdo es utilizado en el significado general de tratado, de conformidad en el párrafo 1.o, inc. a) del artículo 2.o de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969: "se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

<sup>29</sup> BERNAL PÉREZ, Diana Carolina. El Derecho Internacional de Inversión: Las Cláusulas de Estabilidad: ¿Un Caso de Protección Internacional Prima Facie? *Ibíd.* p. 1 y 2.

<sup>30</sup> Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. [En línea] Disponible en: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf) (Consultada: 15 de agosto de 2020)

Artículo 2. Numeral 1 literal a)

En el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Canadá, el Artículo 832, sobre Derecho Aplicable, señala: "1. Un Tribunal establecido de conformidad con esta Sección decidirá sobre los asuntos en controversia de conformidad con este Acuerdo y las reglas de derecho internacional aplicables (...)"

<sup>31</sup> *Ibíd.* Artículo 31 Numeral 3 literal c)

<sup>32</sup> *Ibíd.* Artículo 27

<sup>33</sup> LINARES CANTILLO. Op. Cit., Conclusiones Generales.

En términos de la teoría del derecho natural, en el derecho internacional clásico, el individuo no tenía lugar ni derechos en el orden jurídico internacional, pues sólo los Estados eran sujetos del derecho internacional público y por ende susceptibles de protección. Con los años tal premisa ha cambiado, al punto que ahora el individuo (inversor normalmente persona jurídica pero también persona natural) también es sujeto de derechos y obligaciones en el derecho internacional, ostentando plena capacidad para actuar directamente en el plano internacional. Tal cambio –representado en la personalidad jurídica de los inversionistas, que les permite ser sujetos de protección y acudir ante tribunales internacionales-, constituye lo que se ha denominado “privatización” o “humanización” del derecho internacional<sup>34</sup>, y que implica una re-conceptualización de los sujetos del derecho internacional público, en el sentido que les otorga una legitimación a los particulares -inversores extranjeros-, para demandar la responsabilidad internacional de los Estados<sup>35</sup>.

## 1.2. PRINCIPALES ESTÁNDARES DEL DERECHO DE LAS INVERSIONES

La técnica jurídica provee, cuatro instrumentos base, a saber: las reglas, los principios, los conceptos y los estándares<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> BERNAL PÉREZ. El Derecho Internacional de Inversión: Las Cláusulas de Estabilidad: ¿Un Caso de Protección Internacional Prima Facie? Op. Cit., p. 29.

<sup>35</sup> CÁRDENAS, Andrés. Op. cit

“En la década de los 60s y en boga la idea de la privatización del derecho internacional se empezó a considerar que los particulares podían ostentar ciertos derechos sustanciales propios del derecho internacional público. Es decir, que se planteaba la posibilidad de que los particulares demandaran la responsabilidad internacional de un Estado ante instancias, también, internacionales.

Se suscitaron discusiones intelectuales entre quienes defendían la permanencia de un concepto cerrado de soberanía y aquél de la privatización del derecho. Sería la aparición de los Tratados Bilaterales de Inversión, los que, sin precedente, descendieran a la práctica los alcances y los efectos de la denominada privatización del derecho.”

<sup>36</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Trato Justo y Equitativo en Arbitraje de Inversión: Un Ejercicio Interpretativo. [En línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/30923/27909> p. 57 (Consultada: 23 de septiembre de 2020)

“Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad preservando la seguridad que el Derecho debe dar. Es una unidad de medición, un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del ‘legislador’ al ‘juzgador’. (...) El estándar contiene dos elementos: uno *objetivo* y uno *subjetivo*. El *objetivo* es normativo. Es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El *subjetivo* es el ingrediente que el juzgador le incluye. Su experiencia e intuición.”

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Estándares en Arbitraje de Inversión: ¿Choque de Tradiciones? [En línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/6.pdf> Consultada: 3 de noviembre de 2020)

La expresión “estándar”, en el ámbito del derecho internacional, se alude en diferentes instancias y contenidos, para hacer referencia a buenas prácticas, principios, reglas, pautas, lineamientos, criterios o imperativos de aplicación, teniendo también diversas funciones de tipo interpretativo, como base para fundar mandatos, o como parámetro de medición de un determinado índice de satisfacción<sup>37</sup>.

Ahora bien, aludir a una única definición de estándar resulta difícil, si se toma en cuenta su naturaleza valorativa, caracterizada por la indeterminación, que obliga a recurrir a criterios y parámetros de juicio, propios de la materia particular que se está estudiando<sup>38</sup>.

En la materia que nos convoca, puede aducirse que estándar es el criterio de juicio por medio del cual se determina el significado de una cláusula general resolviendo la indeterminación<sup>39</sup>, siendo a la vez herramienta de concreción del propio derecho internacional o de los principios que emanan de sus instrumentos complementarios y que carecen de fuerza obligatoria<sup>40</sup>.

Acudiendo al origen etimológico de la palabra estándar que se encuentra en el vocablo inglés *standard*, cuyo concepto se utiliza para nombrar aquello que puede tomarse como tipo, modelo, norma, patrón o referencia<sup>41</sup>, puede aducirse que estándar es una herramienta de medición, un criterio o un ideal que debe buscarse, y que en un determinado espacio y momento representa el deber ser en un escenario particular.

En este sentido frente al derecho internacional de inversiones, se encuentra que los estándares de trato son conceptos que gozando de un carácter mutable, representan el deber ser del comportamiento que un Estado debe tener con un inversor, que a la vez tienen un espacio de adaptación, en la medida en que a través de un análisis circunstancial, pretenden revelar la forma en que debe desplegarse una conducta en una determinada situación, y cuya existencia pretende conciliar las diversas perspectivas que pueden

---

<sup>37</sup> MOLINA VERGARA, Marcela. Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. [En línea] Revista de derecho (Coquimbo) versión On-line ISSN 0718-9753 RDUCN vol.25 no.1 Coquimbo jun. 2018 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100233>  
Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532018000100233](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100233)  
(Consultada: 3 de diciembre de 2020)

<sup>38</sup> *Ibíd.*

<sup>39</sup> Chiassoni (2011) 100. Citado por MOLINA VERGARA, Marcela. *Ibíd*

<sup>40</sup> MOLINA VERGARA, Marcela. *Ibíd*

<sup>41</sup> Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. [En línea] Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/estandar>  
(Consultada: 3 de junio de 2020)

tenerse entre países, de modo que, facilite tanto la definición de acuerdos como la solución de controversias<sup>42</sup>.

Tomando en cuenta estas premisas y conceptualización, se hará referencia a los principales estándares que suelen contener los tratados de inversión:

### 1.2.1. Trato justo y equitativo

El estándar de trato justo y equitativo se califica como un estándar absoluto<sup>43</sup>, pues tiene un contenido propio o, en otras palabras, determina las condiciones exactas en las que debe darse el trato. Para el efecto, el significado puntual debe ser establecido conforme a las circunstancias de aplicación<sup>44</sup>, de allí que su sentido no sea el mismo en todos los tratados, debiendo acudir a su redacción particular<sup>45</sup>, al contexto en que se dio su suscripción<sup>46</sup>, el escenario de su negociación y demás aspectos relevantes<sup>47</sup>.

La inclusión del estándar de trato justo y equitativo en los acuerdos de inversión ofrece un elemento auxiliar base para la interpretación de las demás disposiciones en el acuerdo y para llenar los vacíos en el tratado<sup>48</sup>. Lo anterior quiere decir que su objetivo es llenar los vacíos que no pueden ser completados con otro estándar más específico. De allí que cuando en un caso puntual se pretende determinar si hubo violación o no a este estándar,

---

<sup>42</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO. Trato Justo y Equitativo en Arbitraje de Inversión: Un Ejercicio Interpretativo. Op. cit. p. 59.

<sup>43</sup> SCHREUER, Christoph. Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral. [En línea] Revista Internacional de Arbitraje N° 5, jul.-dic./2006. Disponible en: [https://xperta.legis.co/visor/temp\\_rarbitraje\\_e9e5d0a4-1d68-4f90-8b42-1acaf94ccc1f](https://xperta.legis.co/visor/temp_rarbitraje_e9e5d0a4-1d68-4f90-8b42-1acaf94ccc1f) (Consultada: 12 de septiembre de 2020)

<sup>44</sup> BERNAL PÉREZ, Diana Carolina. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. 1ª. ed., Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2018. p. 37 y 238.

<sup>45</sup> SCHREUER. Op. Cit.

Véase también Vasciannie, quien señala que el uso de la expresión “trato justo y equitativo” no necesariamente conlleva al mismo resultado legal en cada caso —Vasciannie, ob. cit., pp. 122 y 127—. En el mismo sentido, véase también: Unctad. Fair and equitable treatment., cit., p. 22; Yannaca-Small, ob. cit., pp. 1 y 40.

<sup>46</sup> Sacerdoti, G. Bilateral treaties and multilateral instruments on investment protection. En: 269 Recueil des Cours 251, 1997, p. 346. Citado por SCHREUER. Op. Cit.

<sup>47</sup> Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 31, citado por BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. Cit. p. 239

<sup>48</sup> P. JUILLARD, ver ob. cit., n. 32. y Rudolf. DOLZER and Margaret. STEVENS in Bilateral Investment Treaties, 1995, Citado por BERNAL PÉREZ, Diana Carolina. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. p. 238

se debe encontrar las reglas pertinentes a la acción particular del Estado, para verificar si el trato ha estado disponible en todos los casos.

Conforme a lo anterior, si bien no puede aludirse a una sola definición de trato justo y equitativo<sup>49</sup>, si puede aducirse una inobservancia a tal, cuando el Estado receptor de la inversión lleva a cabo conductas “inconsistentes, no transparente e impredecibles”<sup>50</sup>, en perjuicio del inversor.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene resaltar que, para que se predique violación del trato justo y equitativo no necesariamente debe existir o probarse mala fe<sup>51</sup> o intención dolosa

---

<sup>49</sup> SCHREUER. Op. Cit., Indica respecto a la falta de precisión del principio del trato justo y equitativo “En consecuencia, este no se encuentra desprovisto de un contenido legal independiente. Tal como sucede con otros principios generales del derecho, este resulta susceptible de especificación a través de la práctica judicial. Como lo anotó Weil en el año 2000: “Ciertamente, el principio ‘de tratamiento justo y equitativo’ no es menos operativo que lo que era el principio del ‘debido proceso’ y corresponderá a la práctica futura, a la jurisprudencia y a la doctrina impartirle un contenido específico”.

A su vez, REY VALLEJO, Pablo. El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización. [En línea] En Revista de Derecho Privado 38 Junio de 2007. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Disponible en: [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri139.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri139.pdf) (Consultada: 7 de diciembre de 2020), señala: “La noción de “trato justo y equitativo”, tal y como se concibe en la actualidad, no resulta lo suficientemente precisa ni puede reducirse a algún tipo de obligación en particular. Si bien puede afirmarse que la idea es mantener condiciones estables y predecibles, acordes con las expectativas razonables de un inversionista, es claro que queda abierta la posibilidad de ampliar jurisprudencialmente el concepto a la luz de las circunstancias de cada caso en particular.”

<sup>50</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. Cit., p. 251. La conclusión se toma del análisis del caso Metalclad Corporation c. México, Caso CIADI No. ARB/AF/97/1, Decisión del Tribunal del 30 de agosto de 2000. En cuya Resolución del caso se estipuló: “Se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente, en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer anticipadamente, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que le son relevantes; tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y las finalidades que las subyacen. Actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las cuales el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. Utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversionista o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.”

<sup>51</sup> SCHREUER. Op. cit.

Y CIADI. TECMED S.A. Técnicas Medioambientales v. the United Mexican Status. [En línea]. 29 de mayo del 2003. [citado el 13 de enero del 2019]. Disponible en: <http://www.worldbank.org/icsid/cases/tecmecmed-award.pdf> (Consultada: 3 de noviembre de 2020)

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

del Estado receptor<sup>52</sup>, en contraste la “estabilidad y previsibilidad del entorno jurídico-empresarial<sup>53</sup> que se fundamentan en compromisos legales y contractuales solemnes, las expectativas legítimas en razones por las cuales el inversionista decidió hacer su inversión, y las alteraciones fundamentales”<sup>54</sup>, son tres componentes básicos de este estándar, bajo el presupuesto de que “La acepción moderna entiende el estándar del trato justo y equitativo como un componente de arbitrariedad<sup>55</sup> e irracionalidad más allá de la mera ilegalidad”<sup>56</sup>.

Por su parte la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), en una serie de estudios señala que los elementos que componen el estándar del trato justo y equitativo pueden dividirse en cuatro categorías:

- (i) obligación de protección y vigilancia,
- (ii) debido proceso, incluyendo la no denegación de justicia y ausencia de arbitrariedades,
- (iii) transparencia y respeto de las expectativas legítimas del inversionista –la cual incluye la buena fe–: basadas estas en cualquier manifestación del estado que den lugar a forjarse expectativas legítimas y razonables
- (iv) autonomía de los elementos de imparcialidad<sup>57</sup>.

Aunado a lo anterior, “el estándar exige que (...) la protección otorgada de acuerdo con la convención corresponda a la protección normalmente otorgada por la parte pertinente a sus propios nacionales, pero, al ser establecido por el derecho internacional, el estándar puede ser más exigente donde las reglas del derecho nacional o las prácticas

---

<sup>52</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. Cit. p. 248.

<sup>53</sup> SCHREUER. Op. cit.

<sup>54</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. cit., p. 248.

<sup>55</sup> *Ibíd.* p. 261. “(...) el nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantable por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si la conducta es arbitraria, manifiestamente abusiva, injusta o idiosincrática, si el demandante es objeto de perjuicios raciales o regionales o si involucra o supone la ausencia del debido proceso o que conduzca a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial (...) En la aplicación de este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el estado receptor que fueron razonablemente invocadas por el demandante.”

En igual sentido, SCHREUER. Op. cit., cita a la CIJ, quien expresó: “La arbitrariedad (...) es el desconocimiento deliberado del debido proceso legal, un acto que perturba, o por lo menos sorprende, el sentido de probidad judicial”

<sup>56</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. cit. p. 260

<sup>57</sup> *Ibíd.* p. 248. Análisis realizado a partir de algunos escritos de la OCDE tales como: International Investment Law: A Changing Landscape, A Compendium Volume to International Investment Perspectives

administrativas sean insuficientes a la luz de los requerimientos del derecho internacional”<sup>58</sup>.

En suma, este estándar se cumple si se observa de parte del Estado receptor de la inversión, un comportamiento coherente y transparente<sup>59</sup> y un marco legal estable y predecible, que propenda por proteger las expectativas legítimas del inversionista<sup>60</sup>.

### 1.2.2. Trato de nación más favorecida

El estándar o cláusula de la nación más favorecida, se trata de un estándar relativo<sup>61</sup>, bajo el cual, se otorga al inversionista, derecho al trato más favorable que se le ofrezca a nacionales de otros países a través de otros tratados; en este participa una tercera Nación, por virtud de la cual se establece la igualdad de condiciones entre los ciudadanos de los Estados extranjeros, con referencia al Estado que se obliga<sup>62</sup>; “es también entendido como el “instrumento de "multilateralización" por excelencia para la protección y salvaguardia del otorgamiento de los beneficios concedidos a los inversionistas extranjeros por los Estados receptores”<sup>63</sup>.

En otras palabras, este estándar implica que corresponde al Estado receptor de la inversión brindar al inversionista igual trato que a los inversionistas de otro país extranjero, lo que implica que el trato que ha de recibir el inversor no puede ser menos favorable que el recibido por otro inversionista u otra inversión de similares características (misma materia, misma categoría, mismo tratado base)<sup>64</sup>.

---

<sup>58</sup> El párrafo es mencionado en la opinión disidente del árbitro Asante en *AAPL v. Sri Lanka*, laudo del 21 de junio de 1990. En: 30 I.L.M. 628, 1991, p. 639— Citado por: SCHREUER. Op. Cit.

<sup>59</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. Cit. p. 258. “La transparencia indica que el marco legal que será impuesto al inversionista por el Estado receptor debe ser informado previo a su imposición. Aun así, si el tratado de inversión no dispone expresamente de la transparencia, pero si esta previsto el trato justo y equitativo, se entiende implícitamente incluida dentro del tratado”.

<sup>60</sup> *Ibíd.* p. 249 y 254. Análisis del caso *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp y LG&E International Inc., c. República de Argentina*, Caso CIADI no ARB/02/1 laudo del 30 de abril de 2004.

<sup>61</sup> SCHREUER. Op. cit.

<sup>62</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. cit. p. 273.

<sup>63</sup> *Ibíd.* p. 269. *International Investments Law: A Changing Landscape 2005*, p. 269.

<sup>64</sup> La Comisión de Derecho Internacional sobre la Cláusula de la nación más favorecida definió el tratamiento de la NMF así: “el trato de la nación más favorecida es el tratamiento otorgado por el Estado concesionario al Estado beneficiario, o a las personas o cosas de una determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el tratamiento extendido por el Estado concesionario o a un tercer Estado o para las personas o cosas en la misma relación con el tercer Estado.” Citado por BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. cit. p. 274 y 275.

De manera que, la función de esta cláusula en los tratados es asegurar a cada parte un tratamiento no menos favorable que el otorgado a un tercero, en condiciones equiparables, lo cual es aplicable, no solo “en relación con el tratamiento económico sustantivo sino también en relación con asuntos de procedimiento”<sup>65</sup>, con todo, debe tratarse del tratamiento que general y usualmente se concede a los inversionistas extranjeros que invierten en el país, pues el hecho de otorgar en un caso particular una ventaja a un determinado inversor, no implica que, deba extender tal privilegio a todos los inversores extranjeros<sup>66</sup>.

Actualmente, se aduce que el estándar o cláusula de la nación mas favorecida se encuentra de manera virtual como elemento base de todos los tratados de inversión, Bernal Pérez, indica que la mayoría de los tratados y capítulos de inversión de los TLC, la incluyen, seguida del trato justo y equitativo, así: “este tratamiento no podrá ser menos favorable de aquel dado a cada una de las partes a las inversiones hechas dentro de su territorio por sus propios inversionistas, o de aquel dado a los inversionistas de la nación mas favorecida, si este ultimo tratamiento es mas favorable”<sup>67</sup>.

De manera que la función de esta cláusula es asegurar el tratamiento correspondiente a cada una de las partes, en comparación con el trato dado a un tercero<sup>68</sup>, distinguiendo como excepciones a la misma, conforme al derecho internacional, i) el orden público, la moral, las buenas costumbres, ii) la seguridad nacional (de orden general), i) impuestos, ii) propiedad intelectual, ii) integración económica regional iv) reconocimiento mutuo y v) demás asuntos bilaterales (de orden específico)<sup>69</sup>.

### 1.2.3. Trato nacional

El estándar de trato nacional se califica como un estándar relativo<sup>70</sup>, dado que define el tratamiento requerido conforme a lo acordado en el tratado. Bajo este estándar lo que se pretende es que el trato que se de al inversor sea equiparable al trato que en las mismas cuestiones se les da a los nacionales, o dicho de otro modo busca garantizar a los

---

<sup>65</sup> Maffezini, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, párr. 42. Citado por BERNAL PÉREZ. *Ibíd.* p. 280.

<sup>66</sup> BERNAL PÉREZ. *El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva.* Op. cit. p. 280 y 281.

<sup>67</sup> *Ibíd.* p. 271.

<sup>68</sup> *Ibíd.* p. 279.

<sup>69</sup> *Ibíd.* p. 278.

<sup>70</sup> SCHREUER. *Op. cit.*

inversionistas un “trato no inferior al que la legislación interna del Estado parte concede a sus nacionales”<sup>71</sup>.

En consecuencia, para predicarse discriminación por desconocimiento a este estándar se debe probar un “tratamiento intencional a favor de un determinado nacional y en detrimento de un inversionista extranjero”<sup>72</sup>. Resaltando que se trata de una regla general aplicable en el comercio de mercancías<sup>73</sup>.

Así, este estándar pretende garantizar el mismo trato tanto a nacionales como a extranjeros y “evitar la discriminación existente en diversas normas nacionales”<sup>74</sup>.

En suma, se vulnera este estándar, cuando se otorga un trato intencional favorable a un nacional, y en perjuicio del inversor extranjero, recalándose que tal trato no se les brinda a los nacionales<sup>75</sup>.

### **1.3. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA BAJO TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE INVERSIÓN**

Es sabido que la expropiación directa implica una transferencia obligatoria del título de propiedad o la incautación física de una inversión<sup>76</sup>, mientras que definir que se considera expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión suele generar mayor dificultad.

Bajo una definición clásica “se reconoce en derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal magnitud que dichos derechos quedan inútiles y deben ser considerados como expropiados, a pesar

---

<sup>71</sup> Guido S. Tawil. Los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional, en la ley, sección Doctrina, Buenos Aires, T. 2000-D, p. 1111. Citado por BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. cit. p. 285.

<sup>72</sup> *Ibíd.* p. 286.

<sup>73</sup> *Ibíd.* p. 287.

<sup>74</sup> *Ibíd.* p. 285.

<sup>75</sup> *Ibíd.* p. 287.

<sup>76</sup> FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. [En línea] Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf> (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

de que el Estado no haya tenido la intención de expropiarlos y que el título legal de propiedad permanezca con el dueño”<sup>77</sup>.

De esta manera, en términos generales la expropiación indirecta en el ámbito del derecho internacional de las inversiones se materializa cuando se despliega por parte del Estado receptor de la inversión, cualquier medida que represente interferencia en los derechos de propiedad de inversor extranjero o la neutralización del goce de los activos<sup>78</sup>.

Dada la amplitud del concepto se habla de diversas categorías a saber: “expropiación de facto, pérdida de control, pérdida de los beneficios económicos, regulación expropiatoria, medidas equivalentes a expropiación, expropiación encubierta u oculta, expropiación constructiva, expropiación virtual”<sup>79</sup>.

Ahora bien, en el derecho internacional la expropiación no es per se ilegal, pues se acepta que un Estado tiene el poder y el derecho de expropiar bienes de particulares, sean estos nacionales o extranjeros, no obstante, para predicar la licitud de la medida en el ámbito internacional el derecho internacional ha concretado los requisitos que deben acreditarse, así:

- a) Que sea por causa de un interés público.
- b) Debe ser realizada en forma no discriminatoria, de conformidad con el principio de legalidad y el debido proceso.
- c) Tiene que mediar una compensación pronta, adecuada y efectiva.

---

<sup>77</sup> “... it is recognized under international law that measures taken by a state can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property remains with the original owner”. *Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v Iran*, Award No. 141-7-2 of 19 June 1984. 6 Iran-US Cl. Trib. Rep. 28. Traducción citada por FAYA, Alejandro. *Ibid*.

<sup>78</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”. [En línea] En Revista internacional de arbitraje. Enero a junio de 2006. Disponible en: [https://xperta.legis.co/visor/temp\\_rarbitraje\\_f8977a44-d54c-472d-87a0-1a01ca599de7](https://xperta.legis.co/visor/temp_rarbitraje_f8977a44-d54c-472d-87a0-1a01ca599de7) (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

También, SOHN y BAXTER, en oportunidad de redactar la Convención sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por daños a los extranjeros definieron la expropiación como "no es sólo una toma directa de propiedad, sino también cualquier interferencia irrazonable con el uso, goce o disposición de los bienes como para justificar una injerencia que el propietario del mismo no será capaz de usar, gozar o disponer de la propiedad". Citados por CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. [En línea] En On-line versión ISSN 2304-7887RSTPR vol.3 no.5 Asunción Mar. 2015 <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.391> Disponible en: <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00391.pdf> (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

<sup>79</sup> CASTILLO ARGANARÁS. Op. Cit.

Que estos requisitos sean cumplidos no quiere decir que solamente se haya presentado una expropiación, sino que esta es lícita. Por otra parte, estas condiciones han encontrado eco en virtualmente todos los tratados de inversión<sup>80</sup>.

En este orden de ideas, la literatura especializada coincide en que la expropiación indirecta constituye la forma moderna, y por excelencia, de expropiación de las inversiones extranjeras, bajo el entendido que la expropiación directa, que se representa en la manifiesta toma de propiedad, frecuentemente lograda a través de la transferencia del título, se ha vuelto menos común a consecuencia del interés de los estados de no ser percibidos como amenaza frente a las inversiones extranjeras<sup>81</sup>, no obstante se generan los mismos efectos, cuando el Estado receptor de la inversión, despliega actuaciones tales como: la expedición de leyes, decretos u otro tipo de actuaciones administrativas o de política pública, que repercuten en los derechos de propiedad del inversor extranjero sobre su inversión, y que bajo el amparo de un acuerdo internacional como lo es un tratado de libre comercio con capítulo de inversión, da lugar, a reclamar una compensación, a título de expropiación indirecta si como consecuencia de tal se sufre un perjuicio económico.<sup>82</sup>

De manera que se entiende la expropiación no solo como “una toma directa de propiedad, sino también [como] cualquier interferencia irrazonable con el uso, goce o disposición de los bienes sin justificación de la injerencia”<sup>83</sup>, o como la ejecución de medidas por parte de un Estado que pueden no involucrar una deprivación física de una propiedad pero que tienen como resultado producir la pérdida efectiva de la gestión, uso o control, o una depreciación del valor del bien del inversionista extranjero<sup>84</sup>.

En consonancia con esto Peter Malanczuk señala que los estándares internacionales mínimos de protección contienen dos reglas de derecho consuetudinario relativas a expropiación, así: i) la expropiación debe darse por razones de interés público y ii)

---

<sup>80</sup> FAYA RODRÍGUEZ. Op. Cit. p. 240

<sup>81</sup> SOHN, Louis and BAXTER, R. “Responsibility of States for Injuries to the Economic Interest of Aliens II”. *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, citados en EL ATTAR, Bassant et al. *Expropriation Clauses in International Investment Agreements and the Appropriate Room for Host States to Enact Regulations: A Practical Guide for States and Investors*. Geneve: The Graduate Institute of Geneva, Centre for Trade and Economic Integration, 2009. p. 5 Citados por CASTILLO ARGANARÁS, Op. Cit.

<sup>82</sup> DOLZER, Rudolf. *Indirect Expropriations: New Developments* [En línea] 11 N.Y.U. *Envtl L.J.* 64 (2002-2003) [En línea] Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nyuev11&div=11&id=&page=> (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

<sup>83</sup> CASTILLO ARGANARÁS. Op. Cit.

<sup>84</sup> *Ibíd.*

cumplida la anterior regla, en todo caso debe pagarse una indemnización que actúa como compensación y que debe ser “pronta, adecuada y efectiva”<sup>85</sup>.

Conforme a las consideraciones anteriores, de manera ilustrativa se hará alusión a algunos casos en los que se alegó expropiación indirecta, con el único fin de verificar el fundamento de los tribunales internacionales, al momento de definir la existencia o no de tal:

### **Antoine Goetz vs. Burundi**

En este caso llevado ante el CIADI, Antoine Goetz, un nacional belga, accionista en una compañía constituida en Burundi, AFFIMET, que había calificado para las exenciones tributarias y aduaneras contempladas por la legislación de zonas francas de Burundi, aludió expropiación indirecta, en atención a que el régimen en cuestión había sido revocado para las actividades mineras en general<sup>86</sup>. Frente a tal, el Tribunal aceptó el argumento de Goetz, basándose tanto en la amplitud del concepto de medidas estatales que pueden originar compensaciones como en la estrechez de las excepciones incluidas en el BIT entre Bélgica/Luxemburgo y Burundi<sup>87</sup>.

Con base en este caso, puede aludirse que los tribunales arbitrales toman como rasero para identificar la presencia de una expropiación indirecta la existencia de un grado sustancial de interferencia por parte del Estado, con efectos que den lugar a la privación de la expectativa de inversión, prevaleciendo esta sobre las motivaciones del Estado para emitir la decisión o actuación por virtud de la cual se genera el perjuicio, incluso en relación con áreas como la tributaria, que tradicionalmente se ha considerado manifestación propia del poder regulatorio de los Estados<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> MALANCZUK, Peter. *Akehurst's Modern Introduction to International Law*. Seven Revised Edition. London: Routledge, 2002. p. 235. Citado por: CASTILLO ARGAÑARÁS. Op. Cit.

<sup>86</sup> Laudo Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3 [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/508> (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

<sup>87</sup> DE URIOSTE SAMANAMUD, Ricardo. La Expropiación Indirecta en el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho a la Propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos. [En línea] *Revista de Economía y Derecho*, vol. 10, nro. 39 (invierno de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados. Disponible en: <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/319> (Consultada: 5 de diciembre de 2020)  
“Habida cuenta que, conforme a la información presentada al Tribunal por los demandantes, la revocación del certificado de empresa exonerada los ha obligado a paralizar toda actividad desde el 13 de agosto de 1996, fecha de la última exportación realizada, privando de toda utilidad a las inversiones efectuadas y quitando a los inversionistas reclamantes el beneficio que podían esperar de sus inversiones, la medida recurrida puede ser considerada una ‘medida con un efecto similar’ a una medida privativa o restrictiva de la propiedad en el sentido del artículo 4 del Tratado sobre Inversiones”(traducción del autor).

<sup>88</sup> *Ibíd.*

### **METALCLAD vs. México,**

El caso se origina en la restricción para la empresa METALCLAD Corp. de EE. UU. relativa a la imposibilidad de instalar una planta para procesamiento de desechos peligrosos en La Pedrera, valle localizado en Guadalcázar, San Luis de Potosí - México, cuando el 26 de octubre de 1994 se terminó abruptamente la construcción de la planta, dada la orden del Municipio del cese de actividades debido a la falta de permiso municipal de construcción.

Luego de varios intentos de arreglo previos, el 2 de enero de 1997, la empresa inició el procedimiento de arbitraje en contra del Gobierno de México al amparo del Capítulo 11 del NAFTA (North American Free Trade Agreement o Tratado de Libre Comercio de América del Norte -TLCAN-), no obstante, según las autoridades del Estado Mexicano, la compañía había contravenido la ley de Guadalcázar y contaminado el suministro de aguas de la localidad.

Para el 23 de septiembre de 1997, el Gobernador de San Luis de Potosí, emitió un Decreto Ecológico declarando un Área Natural para la protección de un cactus único, la cual abarcaba el área del confinamiento, y por virtud de lo cual la empresa endilgó en su reclamación, este hecho como un elemento adicional que de manera definitiva precluía la operación del confinamiento.

En la resolución del caso, el Tribunal determinó que la expropiación en NAFTA:

“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, sino 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”<sup>89</sup>

Y que por demás el “Tribunal arbitral en este caso “no necesitaba determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico”<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Mecanismo Complementario, Caso N° ARB (AF)/97/1: Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos. Fecha de envío a las Partes: 30 de agosto de 2000. [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf> (Consultada: 6 de diciembre de 2020)

<sup>90</sup> *Ibíd.*

Este caso es ampliamente conocido entre los interesados en el derecho de inversiones, como un caso hito pro-inversores<sup>91</sup>.

### **S.D. Myers Inc. contra el Gobierno de Canadá**

El Gobierno de Canadá en noviembre de 1995, prohibió la exportación de PCB<sup>92</sup> hacia los Estados Unidos, para luego cambiar la política de exportación de dicho producto autorizándola nuevamente en julio de 1997.

El 30 de octubre de 1998, la compañía S.D. Myers Inc. de Ohio, Estados Unidos, procesadora e importadora desde Canadá de transformadores que contienen PCB tóxicos, presentó una reclamación contra el Gobierno de Canadá utilizando las reglas del CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

Para la compañía S.D. Myers la prohibición temporal impuesta por el Gobierno de Canadá a la exportación de los productos en cita, resultaba contraria a las disposiciones relativas al trato nacional, al nivel mínimo de trato, a las reglas en materia de expropiación y a la prohibición de establecer requisitos de desempeño previstas en el capítulo 11 del NAFTA, con fundamento en lo cual, pretendía una indemnización por parte de Gobierno canadiense<sup>93</sup>.

En este caso, el Tribunal declaró que la prohibición contravenía, en efecto, lo dispuesto en el capítulo de inversiones del NAFTA en lo que se refiere al trato de nacionales y a las normas mínimas del trato de inversionistas extranjeros, por lo que, para el 1 de octubre de 2002, estableció el monto de la indemnización que debía pagar el Gobierno de Canadá a la compañía. En este caso, el Tribunal distinguió las regulaciones de la expropiación,

---

<sup>91</sup> MARLLES, Justin. “Public Purpose, Private Losses: Regulatory Expropriation and Environmental Regulations In International Investment Law”. *Journal of Transnational Law & Policy*. 2007, vol 16, no 2, p. 280. Citado por: CASTILLO ARGAÑARÁS. Op. Cit.

<sup>92</sup> “Los bifenilos policlorados (PCB) se catalogaron dentro de los 12 contaminantes orgánicos más tóxicos para los organismos vivos. Sus propiedades físicas hicieron que se usaran ampliamente en la industria. No son biodegradables y se acumulan en el ambiente, se transfieren dentro de la cadena alimenticia y tienden a concentrarse más al final de ésta, por lo que en los alimentos se determinaron concentraciones que sobrepasaban los límites establecidos por el Organismo de Protección del Ambiente de los Estados Unidos. Se demostró que los PCB afectan la función de los sistemas endocrino, inmunológico y nervioso, entre otros.” MILLER PEREZ, Carolina. Los contaminantes ambientales bifenilos policlorinados (PCB) y sus efectos sobre el Sistema Nervioso y la salud. [En línea] Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-33252009000400009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252009000400009) (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

<sup>93</sup> Laudo IN A NAFTA ARBITRATION UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION RULES S.D. Myers, Inc. (“SDMI”) (Claimant) and Government of Canada (“CANADA”) (Respondent) [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/969> (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

fundamentalmente sobre la base del grado de interferencia con los derechos de propiedad<sup>94</sup>.

### **TECMED vs. México**

Con ocasión a una subasta en licitación pública convocada por Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo (Promotora), un organismo público descentralizado municipal de dicho ayuntamiento ubicado en el Estado de Sonora, México, cuyo objeto era la venta de un inmueble, construcciones e instalaciones y otros bienes relativos al confinamiento controlado de desechos industriales peligrosos, la compañía Tecmed resultó adjudicataria de dichos bienes, según decisión adoptada por el Consejo de Administración de Promotora del 16 de febrero de 1996.

El confinamiento fue construido en 1988 sobre un terreno adquirido por el Gobierno del Estado de Sonora que se encuentra ubicado en la localidad de Las Víboras, dentro de la jurisdicción del Ayuntamiento de Hermosillo, Estado de Sonora, México. A partir del 7 de diciembre de 1988, el confinamiento contó con una licencia de funcionamiento por cinco (5) años prorrogables.

El 25 de noviembre de 1998, se negó la solicitud de renovación de la autorización de funcionamiento del confinamiento que vencía el 19 de noviembre de 1998. Hecho que dio lugar a elevar el reclamo arbitral, al considerar que esto constituía una medida equivalente a expropiación.

En la resolución del caso, el tribunal explicó: “Generalmente, se entiende que la expresión ‘(...) equivalente a expropiación (...)’ o ‘tantamount to expropriation’, que se encuentra en el acuerdo y en otros tratados internacionales referentes a la protección al inversor extranjero, alude a la llamada ‘expropiación indirecta’ o ‘creeping’, así como a la expropiación de facto aludida más arriba<sup>95</sup>. Si bien estas distintas formas de expropiación tampoco se prestan a una definición clara o unívoca, se reconoce generalmente que se traducen a través de conductas o actos que no explicitan en sí mismos el objetivo de privar al sujeto pasivo de sus derechos o bienes, pero que en los hechos operan tal privación”<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> CASTILLO ARGANARÁS. Op. Cit.

<sup>95</sup> Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso N° ARB (AF)/00/2 Técnicas Medioambientales Tecmed, Sociedad Anónima Demandante v. Estados Unidos Mexicanos Demandada [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf> (Consultada: 6 de diciembre de 2020)

<sup>96</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO. Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión. Op. Cit.

En este caso el Tribunal señaló que “las medidas adoptadas por un Estado, sean reglamentarias o no, constituyen una expropiación de facto indirecta si son irreversibles y permanentes y si los activos o derechos a los que se aplica la medida han sido afectados de tal manera que ha desaparecido toda forma de explotación. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas para el dueño de los activos o los beneficios de los activos afectados por las medidas y la forma de la medida de privación es menos importante que sus efectos reales”<sup>97</sup>.

A partir de los casos descritos, es dable inferir que, por lo general los tribunales internacionales, al decidir casos donde se alude expropiación indirecta, toman en cuenta si el Estado receptor ha desplegado medidas que involucran la privación de la propiedad de la inversión o actos que tengan un resultado equiparable, como la pérdida de control o hacer que los activos dejen de generar los beneficios económicos acostumbrados o esperados, resultando incluso innecesario e irrelevante verificar la intención del Estado con la medida adoptada, si en todo caso, se configura el efecto descrito, esto es la “merma de control” o de “valor económico” de la inversión<sup>98</sup>.

De manera que, en el concepto de expropiación indirecta o medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, se engloba una cantidad ilimitada de acciones o medidas generadas por los estados receptores de la inversión que, -aun pudiendo ser legítimas- e independientemente de su forma o modalidad, son constitutivas de interferencia indirecta en los intereses económicos de los inversionistas<sup>99</sup>.

#### **1.4. ESTABILIDAD JURÍDICA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS**

---

<sup>97</sup> Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso N° ARB (AF)/00/2 Técnicas Medioambientales Tecmed, Sociedad Anónima Demandante v. Estados Unidos Mexicanos Demandada. Op. Cit.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ DE COSSIO. “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”. Op. Cit.

<sup>99</sup> FAYA RODRÍGUEZ. Op. Cit.

“Mientras que las expropiaciones directas normalmente son producto de un decreto administrativo, las expropiaciones indirectas suelen derivar de una amplia gama de medidas de muy distinta naturaleza. De la jurisprudencia podemos encontrar, por ejemplo, la intervención de compañías mediante administradores nombrados por el Estado, arresto o expulsión de funcionarios clave, revocaciones de concesiones, licencias o permisos, impuestos desproporcionados, daño sufrido en cortes locales y diversos tipos de regulación, desde decretos ambientales hasta medidas financieras.

Casi todos los actos expropiatorios provienen de la esfera administrativa, aunque nada impide que puedan provenir de la legislativa o judicial. Al final, la responsabilidad internacional se genera de una conducta atribuible al Estado, que normalmente actúa mediante sus órganos, “independientemente de si ejercen funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o cualquier otra función, independientemente de la posición de dicho órgano en la organización del Estado, e independientemente de si es un órgano central del estado o de una unidad territorial de este”. El punto crítico no es el órgano que ejerce la conducta, sino si dicha conducta es compatible con una obligación de derecho internacional.

En un panorama general del derecho internacional de la inversión extranjera, las características del derecho internacional de inversiones apuntan a brindar al inversor extranjero una serie de garantías que le permitan ejecutar con confianza su inversión y crear en el Estado receptor el escenario ideal para tal. Del mismo modo los estándares del derecho de las inversiones, previamente señalados, tienen también un destino común, y es el de generar en la relación Estado receptor e inversionista extranjero un ambiente de estabilidad jurídica como mecanismo de protección a este último.

Para el efecto, ha de entenderse la estabilidad jurídica en sentido amplio, como la garantía de seguridad y consistencia en el marco jurídico que regula una relación, resaltando que este ha sido un concepto persistente en el derecho de inversiones, pues bajo su amparo se pretende atraer la inversión extranjera en pro del desarrollo económico<sup>100</sup>.

Los instrumentos a través de los cuales se materializa la estabilidad jurídica han sido definidos como, “todos los mecanismos, contractuales o de otro tipo, que buscan sujetar las estipulaciones del contrato a condiciones económicas y legales específicas que las partes consideran apropiadas al momento de perfeccionar el contrato.”<sup>101</sup> Constituyéndose i) las cláusulas y ii) los contratos de estabilidad jurídica, por excelencia en tales instrumentos.

En Colombia, la derogada Ley 963 de 2005, establecía los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional, señalando que:

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que, si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo.

Para todos los efectos, por modificación se entiende cualquier cambio en el texto de la norma efectuado por el Legislador si se trata de una ley, por el Ejecutivo o la entidad autónoma respectiva si se trata de un acto administrativo del orden nacional, o un cambio en la interpretación vinculante de la misma realizada por autoridad administrativa competente.

---

<sup>100</sup> GARCÍA MATAMOROS. Op. Cit.

<sup>101</sup> CAMERON Peter “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, Association of International Petroleum Negotiators, 2006. p. 28 [En línea] Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlaw4-Stabilisation-Paper.pdf> (Consultada: 4 de agosto 2020)

No obstante haber sido derogada la referida Ley por el artículo 166 de la Ley 1607 de 2012 “por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones”, aun se encuentran vigentes contratos de estabilidad jurídica<sup>102</sup>, y a su vez, varias cláusulas de estabilidad jurídica se encuentran incluidas en diferentes tipos de contratos.

Las cláusulas de estabilidad jurídica, según la doctrina general en materia de derecho internacional de inversiones, se clasifican en tres grandes categorías, a saber: cláusulas de congelamiento, cláusulas de equilibrio económico y cláusulas híbridas<sup>103</sup>.

A grandes rasgos, por medio de las cláusulas de congelamiento, se busca congelar la normatividad existente al momento de perfeccionamiento del contrato, para que sea esta -y no una posible normatividad futura adversa al inversionista-, la que aplique hasta la terminación de tal<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. [En línea] Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/CMSPages/GetFile.aspx?guid=d74b914b-ea85-4cdc-bfd3-a9f48508d457> (Consultada: 3 de octubre de 2020)

En los contratos de estabilidad jurídica, celebrados por la Nación, representada por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se incluye la definición de estabilidad jurídica, así: “Para todos los efectos se entenderá por estabilidad jurídica la garantía que otorga la NACIÓN al INVERSIONISTA de que se continuará aplicando esa normatividad por el término de duración del contrato, en caso de que esta sufre modificación adversa a aquel.”

<sup>103</sup> La clasificación aludida, es señalada por diferentes autores tales como:

SHEMBER, Andrea. Stabilization Clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights [En línea] International Finance Corporation. World Bank Group. Naciones Unidas. March 11, 2008. Disponible en: <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40314647.pdf> p. 7 (Consultada: 1 de octubre de 2020)

MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. [En línea] Serie Desarrollo Productivo No. 188 CEPAL 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 Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/330492020.pdf> p. 42 (Consultada: 2 de octubre de 2020)

CAMERON, Peter. Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. [En línea]. Association of International Petroleum Negotiators, 2006, Disponible en: [http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc\\_log/2006-07-05\\_aipn\\_stabilization-cameron\\_final.pdf](http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf), consulta: diciembre de 2009, Citado por: CASTAÑO Juliana y GALEANO Paola. Op. Cit.

ABDULLAH, Faruque. “Validity and Efficacy of Stabilisation Clauses. Legal Protection v. Functional Value”, Journal of International Arbitration, Vol. 23 (4), 2006, p. 319; E. PAASIVIRTA, “Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty”, British Yearbook of International Law, 1989, p. 323; Citado por: CASTAÑO y GALEANO. Op. Cit. (Consultada: 1 de octubre de 2020)

<sup>104</sup> CASTAÑO y GALEANO. Op. Cit. p. 72 (Consultada: 1 de octubre de 2020)

El fin de estas cláusulas es evitar que el Estado receptor de la inversión aplique nuevas leyes al contrato. De manera que, el termino congelamiento alude a que las leyes del Estado anfitrión permanecen “congeladas” a partir del día en que se firma el acuerdo<sup>105</sup>.

Por su parte, a través de las cláusulas de equilibrio económico, se permite al Estado aplicar nuevas leyes a la inversión, siempre que asuma el costo de tal para el inversionista<sup>106</sup>, por medio de algún tipo de compensación como por ejemplo de aplicar “tarifas [convenientes], extender la concesión, reducir impuestos o compensar monetariamente, entre otros”<sup>107</sup>.

Y las cláusulas híbridas, son una suerte de mezcla de las dos anteriores, pues de un lado eximen al inversor de la aplicación de nuevas leyes, lo que significa que los contratos no podrán ser unilateralmente modificados, sino solo por acuerdo entre las partes, cubriendo así al inversionista de los poderes exorbitantes del Estado anfitrión<sup>108</sup> y de otro lado consagran el deber para el Estado de restablecer la posición económica inicial del inversionista, para lo cual inaplican al inversionista la ley que generó el desequilibrio económico<sup>109</sup>.

Dejando en claro lo anterior ha de señalarse, que no son solo los contratos y las cláusulas de estabilidad jurídica los que dan cuenta de la estabilidad jurídica como mecanismo de protección a los inversionistas extranjeros; esta garantía se encuentra velada en los acuerdos internacionales de inversión, en los que se busca la promoción y protección de la inversión extranjera.

---

<sup>105</sup> RUGGIE, John, The future of stabilization clauses: Citado por ALBA BETANCOURT, Ana Georgina. Panorama sobre Cláusulas de Estabilización en Contratos de Inversión Extranjera. [En línea] Disponible en:

[https://www.researchgate.net/publication/339926807\\_PANORAMA\\_SOBRE\\_CLÁUSULAS\\_DE\\_ESTABILIZACION\\_EN\\_CONTRATOS\\_DE\\_INVERSION\\_EXTRANJERA](https://www.researchgate.net/publication/339926807_PANORAMA_SOBRE_CLÁUSULAS_DE_ESTABILIZACION_EN_CONTRATOS_DE_INVERSION_EXTRANJERA) (Consultada: 23 de julio de 2020)

<sup>106</sup> M. Sornarajah, “The Settlement of Foreign Investment Disputes, Chapter Two. 3.7 Renegotiation Clause” En: James Crawford, R. Doak Bishop, W. Michael Reisman, Foreign Investment Disputes. Cases, Materials, and Commentary, The Hague, Netherlands, Kluwer Law International, 2005, p. 306; A. Shemberg, Citado por: CASTAÑO y GALEANO. Op. cit., p. 74.

<sup>107</sup> CASTAÑO y GALEANO. Op. Cit., p. 74.

<sup>108</sup> ABDULLAH, Faruque. Validity and Efficacy of Stabilization clauses, legal protections versus functional value (Validez y eficacia de las cláusulas de estabilización, protección legal frente al valor funcional), Kluwer Law International, Journal of International Arbitration, vol. 23, no. 4, p. 319. Citado por ALBA BETANCOURT. Op. Cit.

<sup>109</sup> *Ibíd.* p 7 y 8.

En este sentido, la estabilidad jurídica como concepto y protección implícita da cuenta de las ventajas ofrecidas a los inversores, la cual se encuentra incluso inmersa en los tratados de libre comercio con capítulo de inversión, como se verá a continuación.

El Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Canadá, -a partir del cual se hará el análisis referido, en razón a que en el caso bajo estudio, el inversor en contienda es de origen canadiense-; según la información oficial del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, se celebró con el objetivo de crear un espacio libre de restricciones en busca del crecimiento y el desarrollo económico continuo de los países signatarios, comprendiendo tres acuerdos independientes, pero relacionados entre sí, a saber: i) el Acuerdo de Libre Comercio, que contiene lo relativo a las reglas comerciales que regirán la relación entre los dos países; ii) el Acuerdo de Cooperación Laboral, donde se encuentra lo relativo a la protección de los derechos laborales y iii) el Acuerdo sobre Medio Ambiente, donde se incluyen las obligaciones en materia de estándares ambientales que corresponde a las partes aplicar en sus territorios<sup>110</sup>.

El Acuerdo además se encuentra regido por los estándares de trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato incluido el “trato justo y equitativo”, y el relativo a expropiación que fueron estudiados precedentemente.

La inclusión de los señalados estándares da cuenta de la manera tácita como se contiene la estabilidad jurídica en los acuerdos internacionales. De este modo se pasa a verificar lo pertinente en el capítulo ocho de inversión.

En el artículo 803<sup>111</sup> del TLC, sobre ‘Trato nacional’, en el que se acuerda “[otorgar] a los inversionistas de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas”, implica en sentido amplio un ‘congelamiento’ de la normatividad aplicable a la inversión, en cuanto pone como rasero

---

<sup>110</sup> República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. [En línea] Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-con-canada/1-antecedentes/2-2-resumen-del-acuerdo-comercial-con-canada> (Consultada: 3 de octubre de 2020)

<sup>111</sup> Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia. Artículo 803: Trato Nacional

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.
2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.
3. El trato otorgado por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno subnacional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno subnacional otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas y a las inversiones de inversionistas de la Parte de la cual forma parte.

el trato brindado a sus propios inversionistas en condiciones análogas; de modo que si a tales se les aplicó unas normas que significaban un trato mas favorable, a estos también tendrán que aplicárselas, derivando ello en el beneficio de inaplicar una posible normatividad futura adversa al inversionista, consecuencia propia de las cláusulas de congelamiento, y de manera virtual una garantía de estabilidad jurídica.

El artículo 804<sup>112</sup> de ‘Trato de Nación Más Favorecida’, por virtud del cual se “[otorga] a los inversionistas de la otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte”, en el mismo sentido del análisis anterior, da lugar a considerar que el ‘Trato de Nación Más Favorecida’ entraña un ‘congelamiento’ de la normatividad aplicable a la inversión, en la medida que poniendo como punto de comparación el trato brindado a un tercer estado, garantiza la aplicación del trato (que puede ser la aplicación de una norma) mas favorable a la otra parte. Nuevamente, dicho estándar comprende una garantía de estabilidad jurídica vista como la indemnidad de correspondencia de buen trato o trato equiparable al de otro inversionista en condiciones afines.

A continuación, el artículo 805<sup>113</sup> sobre ‘Nivel Mínimo de Trato’, envuelve la garantía de aplicación de trato justo y equitativo, así como de protección y seguridad plenas, lo que

---

<sup>112</sup> *Ibíd.* Artículo 804: Trato de Nación Más Favorecida

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de un país que no sea Parte, respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
2. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de un país que no sea Parte, respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.
3. Para mayor certeza, el trato “respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones” referido en los párrafos 1 y 2 no comprende los mecanismos de resolución de controversias tales como aquellos en la Sección B de este Capítulo, contenidos en tratados o acuerdos comerciales internacionales.
4. Para mayor certeza, el trato otorgado por una Parte de conformidad con este Artículo implica, respecto a un gobierno subnacional, el trato otorgado, en circunstancias similares, por ese nivel subnacional de gobierno a inversionistas, y las inversiones de esos inversionistas, de un país que no es Parte.”

<sup>113</sup> *Ibíd.* Artículo 805: Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el “trato justo y equitativo”, así como “protección y seguridad plenas” Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional o mas allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario.
2. La obligación en el párrafo 1 de otorgar “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso.
3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.

da cuenta de éste como criterio auxiliar base para la interpretación de las demás disposiciones en el acuerdo y para llenar sus vacíos.

A su vez, y como quiera que la aplicación del estándar de trato justo y equitativo, implica para el Estado receptor de la inversión, desarrollar una conducta consistente, transparente y predecible, se considera que el mismo envuelve una cláusula de congelamiento, en la medida que si se entiende que para su observancia, se debe mantener un marco legal estable y predecible, ello de manera tácita involucra un congelamiento de la normatividad, pues si se llega a entender por ejemplo, que lo establecido en una norma vigente al momento de la celebración del acuerdo era favorable al inversor, y luego se da una modificación de tal norma, en perjuicio de este, se consideraría que bajo esa primera norma se habría forjado una expectativa legítima, que no puede ser truncada, por la aplicación de una norma modificatoria posterior -que conlleva una falta de transparencia, coherencia y consistencia-, entendiéndose en consecuencia, como una violación al estándar un no congelamiento de la normatividad.

Aunado a lo anterior, y en virtud del concepto de transparencia, al que esta sujeto el estándar de trato justo y equitativo, -aun cuando tal concepto no este expresamente señalado en el acuerdo internacional-, el marco legal impuesto al inversionista por el Estado receptor de la inversión debe ser informado previo a su imposición, lo que reafirma la tesis, de que ello supone un ‘congelamiento’ de la normatividad <sup>114</sup> y a su vez admite el entendimiento de que las normas vigentes y determinantes al momento de realizar su inversión, les serán aplicadas y conservarán su vigencia así lleguen a expedirse otras que las modifiquen, lo que encuadra nuevamente una garantía de estabilidad jurídica.

Luego en el artículo 811 <sup>115</sup> sobre ‘Expropiación’ por virtud del cual “Ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar la inversión directa o indirectamente a través de medidas que

---

<sup>114</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. Cit., p. 251 y 258.

<sup>115</sup> Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia. Op. cit., Artículo 811. Expropiación:

1. Ninguna Parte podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta directa o indirectamente a través de medidas que tengan efectos equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante “expropiación”) excepto:

- (a) por razones de utilidad pública;
- (b) de una manera no discriminatoria;
- (c) mediante indemnización pronta, adecuada y efectiva de conformidad con los párrafos 2 a 4; y
- (d) de conformidad con el principio del debido proceso.

2. Dicha indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación. Para determinar el valor justo de mercado, un Tribunal usará criterios apropiados de valoración, que podrán incluir el valor de empresa en marcha, el valor de los activos incluyendo el valor del impuesto declarado por bienes tangibles, y otros criterios.

tengan efectos equivalentes, [sin indemnización]”, se encuentra que corresponde a una cláusula de equilibrio económico, en la medida que, si bien, por regla general no se permite la expropiación, se establecen unas excepciones, en virtud de las cuales corresponde indemnizar al afectado. Tal indemnización, se entiende que hace las veces de compensación y en este sentido, se considera que el espíritu del artículo, como lo es el de la cláusula referida, es el de restablecer el equilibrio económico de las partes.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tratado de Libre Comercio, dentro del capítulo 8 de inversión, analizado precedentemente, incluye en la Sección D, lo relativo a la ‘Solución de Controversias para Contratos de Estabilidad Jurídica’, entendiéndose por tales los celebrados en virtud de la Ley 963 de 2005, y su Decreto reglamentario 2950 de 2005.

De esta manera, la estabilidad jurídica como mecanismo de protección a los inversionistas extranjeros, se encuentra inmersa en los acuerdos internacionales de inversión, como en los tratados de libre comercio con capítulo de inversión, en los que, no solo se observan las características del derecho internacional de inversiones, sino que además su alcance se contiene dentro de los principales estándares del derecho de las inversiones.

### **1.5. LA GARANTÍA DE ESTABILIDAD JURÍDICA INMERSA EN LOS ESTÁNDARES DE TRATO**

El derecho internacional de inversión, y la serie de acuerdos que lo materializan y que entrañan el régimen jurídico de trato y protección a la inversión, ha vivido una evolución

---

3. La indemnización será pagada sin demora y será completamente liquidable y libremente transferible. La indemnización será pagada en una moneda libremente convertible e incluirá intereses a una tasa comercialmente razonable para esa moneda desde la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

4. El inversionista afectado tendrá derecho en virtud de la ley de la Parte que ejecuta la expropiación a una pronta revisión de su caso y de la valoración de su inversión por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de conformidad con los principios dispuestos en este Artículo.

5. Este Artículo no se aplicará a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación con derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de derechos de propiedad intelectual, en la medida que tal expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo sobre la OMC.

En el Anexo 811 sobre Expropiación Indirecta, aclara que:

“Las Partes confirman su común entendimiento de que:

1. El párrafo 1 del Artículo 811 cubre dos situaciones. La primera situación es la expropiación directa, donde una inversión es nacionalizada o de otra forma expropiada directamente según lo dispuesto por el derecho internacional.

2. La segunda situación es la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio.”

en pro de la garantía de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones para las partes intervinientes.

No obstante, bajo el entendimiento de que los acuerdos internacionales de inversión tienen como fin proteger la seguridad jurídica de los inversores, se desliga el sentido de igualdad entre las partes, al punto de que las cláusulas y obligaciones inmersas en ellos, abarcan una serie de garantías con un connotado beneficio para los inversores extranjeros.

Y es que si bien es cierto, en un principio las posibilidades para los inversores extranjeros, de buscar un resarcimiento frente a perjuicios que en materia de inversión pudieran ser causados por el Estado receptor de la misma, eran limitadas, ahora puede aducirse que resultan ilimitadas.

La creación y aplicación de estándares de trato, contenidos en los tratados de inversión, cuyo alcance resulta tan amplio que puede a la vez resultar ambiguo, no solo protegen y atraen las inversiones extranjeras, sino que dotan de un amplio margen de maniobra a los inversores dentro de los escenarios de contienda, cuando estos consideran vulnerados los derechos que cobijaba la inversión.

De manera que, sin necesidad de celebrar contratos de estabilidad jurídica, y sin incluir cláusulas de estabilidad jurídica en estricto sentido, es dable aducir que los estándares de trato justo y equitativo, trato de nación más favorecida, trato nacional, y el relativo a expropiación, incluidos por lo general en los acuerdos internacionales de inversión, y en particular en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Canadá, implícitamente contienen la garantía de estabilidad jurídica; pues de su redacción resulta un alcance que engloba una prenda de comportamiento coherente y transparente, y un marco legal estable y predecible (trato justo y equitativo/cláusula de congelamiento), la confirmación de trato igual al que reciben los inversionistas de otro país extranjero en condiciones similares (cláusula de la nación más favorecida/cláusula de congelamiento), una protección de trato no inferior al que la legislación interna del Estado parte concede a sus nacionales (trato nacional/cláusula de congelamiento), así como la posibilidad de indemnización o compensación en caso que por razones de utilidad pública se de una expropiación o la prohibición de expropiación indirecta (expropiación/cláusula de equilibrio económico), derivando todo ello en la garantía de seguridad y consistencia en el marco jurídico que regula la relación.

En este orden de ideas si bien es cierto, en la actualidad, por virtud de las reglas del derecho internacional público, se presume una igualdad de condiciones entre estados, lo cierto es que “el poder configura las dinámicas de la sociedad moderna”<sup>116</sup>, y en este

---

<sup>116</sup> VELA ORBEGOZO, Bernardo. Poder, Hegemonía y Periferia. Una aproximación crítica al derecho internacional clásico. Temas de Derecho Internacional Público No. 3. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2019. p. 408

sentido, la supuesta igualdad, se puede ver permeada por las relaciones de poder, debido a las cuales se modera el poder de los estados en vía de desarrollo, sobre el de los inversionistas provenientes de países desarrollados.

## CAPÍTULO II

### EL PODER REGULATORIO DEL ESTADO EN MATERIA AMBIENTAL EN UN PANORAMA DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN

#### 2.1. LA EVOLUCIÓN NORMATIVA AMBIENTAL EN COLOMBIA

En el capítulo anterior se estudió lo relativo al panorama general del derecho internacional de la inversión extranjera, pudiendo concluir que los estándares aludidos contienen una garantía de estabilidad jurídica, que actúa como mecanismo de protección a los inversionistas extranjeros, ahora bien, para efectos del análisis del caso propuesto, conviene contextualizar lo relativo a la normativa ambiental en Colombia, a efecto de verificar a partir de su evolución, si de su aplicación puede predicarse algún tipo de vulneración a los estándares contenidos en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Colombia y Canadá.

La legislación ambiental en Colombia inicia su consolidación, con la expedición de la Ley 23 de 1973 por medio de la cual el Congreso revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias para expedir el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, así como para reformar y adicionar la legislación vigente sobre recursos naturales renovables y preservación ambiental.

Dicha Ley en su artículo segundo dispuso que, el medio ambiente -constituido por la atmósfera y los recursos naturales renovables-, es patrimonio común; y que “por lo tanto su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública, en las que deberán participar el Estado y los particulares”.

A su vez la Ley 23 de 1973, estableció en su artículo sexto que “la ejecución de la política ambiental descrita en esta ley será función del gobierno nacional, quien podrá delegar tal función en los gobiernos seccionales o en las entidades especializadas”.

En virtud de lo anterior el Gobierno de Colombia, expidió el Decreto 2811 de 18 de diciembre de 1974, por medio del cual se dictó el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, reiterando la condición de patrimonio común, del ambiente y a partir de allí su preservación y manejo como de utilidad pública e interés social<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> República de Colombia. Decreto 2811 de 1974 (Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente) Artículo 2.

Si bien este Decreto aún no incluía una definición particular sobre licencia ambiental, se destaca que en su artículo 39, se estableció que podrían señalarse condiciones y requisitos para prevenir y para controlar los efectos nocivos que puedan producir en el ambiente el uso o la explotación de recursos naturales no renovables.

En materia minera este Decreto contenía en su Capítulo III “Sobre Usos Especiales”, Sección I “De Usos Mineros”<sup>118</sup>, que en las actividades mineras, debía ‘evitarse’ la contaminación de las aguas necesarias para una población, un establecimiento público o una o varias empresas.

El Decreto - Ley 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales, contiene una legislación ambiental, integrada no solo por normas jurídicas encaminadas a la protección del medio ambiente -como las señaladas previamente-, sino por un sistema para la correcta ejecución de este objetivo.

Posterior a la emisión del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, es imperativo hacer mención a la Constitución Política de Colombia de 1991, denominada constitución ecológica<sup>119</sup>, dadas las importantes menciones que respecto de la protección del medio ambiente consagra.

Así de conformidad con el artículo 8 de la Carta Política, es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la nación.

En el artículo 79 se consagra el derecho a gozar de un ambiente sano y se establece que es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

---

<sup>118</sup> Ibíd. Artículo 146. Las personas a quienes se otorgue una concesión de agua para la explotación de minerales, además de las previstas en otras normas, deberán sujetarse a las siguientes condiciones:

- a) A la de mantener limpios los cauces donde se arroje la carga o desechos del laboreo para que las aguas no se represen, no se desborden o se contaminen;
- b) A la de no perjudicar la navegación;
- c) A la de no dañar los recursos hidrológicos.

Artículo 147. En el laboreo de minas deberá evitarse la contaminación de las aguas necesarias para una población, un establecimiento público o una o varias empresas agrícolas o industriales.

<sup>119</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. “El medio ambiente se encuentra al amparo en lo que se ha denominado “Constitución ecológica”, conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la comunidad con la naturaleza y que propugnan por su conservación y protección”

El artículo 58, concordante con los artículos 9, 94 y 226<sup>120</sup>, establece una función ecológica inherente a la propiedad privada e incluso incluye el respeto por el derecho a un ambiente sano y la protección de este enmarcados en los tratados internacionales que en materia ecológica se han reconocido.

A su vez, el artículo 80, señala que corresponde al Estado planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar el desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y tomar las medidas necesarias de prevención y control de los factores de deterioro ambiental.

Y el artículo 95, preceptúa en su numeral 8º, como un deber del ciudadano, proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Conforme a estos antecedentes, para el 22 de diciembre de 1993, se emitía la Ley 99 de 1993, cuya importancia radica en que por medio de ella se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental SINA y se dictan otras disposiciones, entre las cuales está, la adopción de los principios generales que debe seguir la política ambiental colombiana, entre los que se destacan:

1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo.  
(...)
4. Las zonas de páramos, subpáramos, los nacimientos de agua y las zonas de recarga de acuíferos serán objeto de protección especial.
5. En la utilización de los recursos hídricos, el consumo humano tendrá prioridad sobre cualquier otro uso.
6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> República de Colombia. Constitución Política de Colombia.

Artículo 9o. Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.

Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

Artículo 226. El Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

<sup>121</sup> República de Colombia. Ley 99 de 1993. (Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se

Sin perjuicio de los principios previamente descritos, tal vez el referente más importante que contiene la Ley 99 de 1993, es la inclusión de la licencia ambiental, como la autorización otorgada por la autoridad ambiental competente (esto es, el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y algunos municipios y distritos) para la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad, que de acuerdo con la ley y los reglamentos, pueda producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje<sup>122</sup> y que sujeta a su beneficiario al cumplimiento de los requisitos que la misma establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada<sup>123</sup>.

La Ley 99 de 1993, a la vez consagra en su Título X “Los Modos y Procedimientos de Participación Ciudadana” señalando en su artículo 69 que: “Cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, sin necesidad de demostrar interés jurídico alguno, podrá intervenir en las actuaciones administrativas iniciadas para la expedición, modificación o cancelación de permisos o licencias de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente o para la imposición o revocación de sanciones por el incumplimiento de las normas y regulaciones ambientales.”<sup>124</sup>, entre otros procedimientos.

De esta manera, se tiene que, al encontrarse el medio ambiente constituido como patrimonio común, corresponde tanto al Estado como a la sociedad, garantizar su protección.

Con el surgimiento de la innovadora licencia ambiental que consagra la Ley 99 de 1993, aparecieron en el ordenamiento jurídico colombiano diferentes decretos que regulaban esta materia.

Al año siguiente de la expedición de la Ley 99 de 1993, el 3 de agosto de 1994 se expidió el Decreto 1753 mediante el cual se reglamentó de manera parcial el procedimiento para el otorgamiento de las licencias ambientales, y se establecieron las actividades sometidas a licencia ambiental de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales y de los grandes centros urbanos a que hace referencia el artículo 66 de la Ley 99 de 1993.

---

reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones). Artículo 1.

<sup>122</sup> *Ibíd.* Artículo 49.

<sup>123</sup> *Ibíd.* Artículo 50.

<sup>124</sup> *Ibíd.* Artículo 69.

Luego el Decreto Ley 2150 de 1995; por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la administración pública, señaló lo referente al Ministerio de Medio Ambiente, y en su artículo 132 estableció que: “La licencia ambiental llevará implícitos todos los permisos, autorizaciones y concesiones, de carácter ambiental necesarios, para la construcción, desarrollo y operación de la obra industria o actividad. La vigencia de estos permisos será la misma de la licencia ambiental.”

Posteriormente, el Ministerio del Medio Ambiente publicó la Resolución 655 de 21 de junio de 1996, por la cual se establecían los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de la licencia ambiental disposición en la que se adiciona al contenido de esta lo relativo al uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables, además de los requisitos, condiciones y obligaciones que debe cumplir el beneficiario para tal efecto.

Siguiendo la línea de tiempo, para el 15 de agosto de 2001, se expedía la Ley 685 de 2001 -Código de Minas-, la cual en consonancia con lo que ya establecía la Ley 99 de 1993 y los decretos reglamentarios del procedimiento de licencia ambiental, contiene expresas menciones a la protección ambiental.

Las menciones en materia ambiental que contiene el actual Código de Minas, merecen ser destacadas por dos razones, la primera de ellas, la relativa a que a diferencia del anterior Código de Minas –Decreto 2655 de 1988-, la Ley 685 de 2001, señala que para la construcción, el montaje y la explotación mineras, se requiere de manera obligatoria licencia ambiental<sup>125</sup>, mientras que su predecesor, señalaba en el artículo 250<sup>126</sup> que “Con

---

<sup>125</sup> República de Colombia. Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.)

Artículo 205. Licencia ambiental. Con base en el Estudio de Impacto Ambiental, la autoridad competente otorgará o no la Licencia Ambiental para la construcción, *el* montaje, la exploración cuando requiera la construcción de vías que a su vez deban tramitar licencia ambiental, la explotación objeto del contrato y el beneficio y para las labores adicionales de exploración durante la etapa de explotación. Dicha autoridad podrá fundamentar su decisión en el concepto que al Estudio de Impacto Ambiental hubiere dado un auditor externo en la forma prevista en el artículo 216 del presente Código.

<sup>126</sup> República de Colombia. Decreto 2655 de 1988. (Por el cual se expide el Código de Minas)

Artículo 250. Declaración y Estudio Ambientales: Con base en el informe final de exploración y el programa de trabajo e inversiones, el Ministerio determinará si es necesaria la presentación de un estudio de impacto ambiental y un plan de manejo de los recursos naturales no renovables y del medio ambiente, además de la declaración de impacto ambiental, todo de conformidad con este artículo.

Para las explotaciones de pequeña minería se exigirá únicamente la declaración de impacto ambiental diligenciada en formulario simplificado y breve que elaborará el Ministerio. De igual forma se procederá en general, para las explotaciones de mediana minería. Para algunas de éstas que por su especial naturaleza, sistemas de minería o ubicación, presenten efectos ambientales previsibles especialmente significativas, así como para las de proyectos de gran minería será necesario presentar, además de la declaración de impacto ambiental, un plan de manejo periódicamente actualizado y fundamentado en un estudio ambiental. Estos deberán presentarse a más tardar dentro de los dos (2) primeros años del período de explotación.

base en el informe final de exploración y el programa de trabajo e inversiones, el Ministerio determinará si es necesaria la presentación de un estudio de impacto ambiental y un plan de manejo de los recursos naturales no renovables y del medio ambiente, además de la declaración de impacto ambiental”, mientras que para explotaciones de pequeña y mediana minería se exigía únicamente la declaración de impacto ambiental, y solo para algunas de estas últimas y para explotaciones de gran minería era necesario presentar, además de la declaración de impacto ambiental, un plan de manejo periódicamente actualizado y fundamentado en un estudio ambiental.

Y la segunda de ellas es la relativa a la especial mención al concepto de desarrollo sostenible, que otrora no se encontraba y que en el artículo primero sobre objetivos del Código se señala, indicando respecto de los objetivos referentes a fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros de propiedad estatal y privada; que “debe realizarse en forma armónica con los principios y normas de explotación racional de los recursos naturales no renovables y del ambiente, dentro de un concepto integral de desarrollo sostenible y del fortalecimiento económico y social del país”<sup>127</sup>.

La Ley 685 de 2001 -Código de Minas vigente- a su vez señala que los medios e instrumentos para establecer y vigilar las labores mineras por el aspecto ambiental, son los establecidos por la normatividad ambiental vigente para cada etapa o fase de las mismas, a saber, entre otros: planes de manejo ambiental, estudio de impacto ambiental, licencia ambiental, permisos o concesiones para la utilización de recursos naturales renovables, guías ambientales y autorizaciones en los casos en que tales instrumentos sean exigibles<sup>128</sup>.

En el artículo 196 del mismo Código se establece que, las disposiciones legales y reglamentarias de orden ambiental son de aplicación general e inmediata para todas las obras y labores mineras a las que les sean aplicables.

Y como se mencionó anteriormente en el artículo 205, se establece la obligatoriedad de la licencia ambiental, para la construcción, el montaje, la explotación objeto del contrato.

Volviendo a la normativa ambiental, para el año 2002, se expedía el Decreto 1728 de 2002, por el cual se reglamentó el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre las licencias ambientales, enfatizando respecto a la licencia ambiental global que era la autorización

---

<sup>127</sup> Ley 685 de 2001 (Por la cual se expide el Código de Minas). Op. cit., Artículo 1.

<sup>128</sup> *Ibíd.* Artículo 198. Medios e instrumentos ambientales. Los medios e instrumentos para establecer y vigilar las labores mineras por el aspecto ambiental son los establecidos por la normatividad ambiental vigente para cada etapa o fase de las mismas, a saber, entre otros: Planes de Manejo Ambiental, Estudio de Impacto Ambiental, Licencia Ambiental, permisos o concesiones para la utilización de recursos naturales renovables, Guías Ambientales y autorizaciones en los casos en que tales instrumentos sean exigibles.

otorgada por la autoridad ambiental competente para las obras y actividades relacionadas con los proyectos de explotación minera y de hidrocarburos, detallando que para el desarrollo de cada una de las actividades y obras definidas en la etapa de la explotación era necesario presentar un plan de manejo ambiental.

En lo sucesivo se continuaron expidiendo diferentes decretos que reglamentaban el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales, derogando sus homólogos anteriores.

Así el Gobierno expidió el Decreto 1180 de 10 de mayo de 2003, por medio del cual reglamentó el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales, derogando el Decreto 1728 del 6 de agosto de 2002, frente al cual se destaca que resaltó la importancia del estudio de impacto ambiental, como documento contentivo de toda la información necesaria para adelantar el procedimiento de licenciamiento.

Al igual que ocurrió con los decretos anteriores, el Decreto 1220 de 2005, derogó el Decreto 1180 de 2003, y fijó las nuevas condiciones reglamentarias del Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales. Resaltando que en su artículo quinto se establecía que la obtención de la licencia ambiental era condición previa para el ejercicio de los derechos que surgieran de los permisos, autorizaciones, concesiones y licencias que expidan otras autoridades diferentes a las ambientales.

Luego el Decreto 500 de 2006, modificó los artículos 8 y 40 del Decreto 1220 de 2005 sobre competencias del Ministerio de Ambiente para otorgar licencias ambientales.

Para el 9 de febrero del año 2010, se promulgaba una reforma al Código de Minas vigente -Ley 685 de 2001-, por medio de la Ley 1382 de 2010, en la que se incluían los ecosistemas de páramo dentro de las zonas excluidas de la minería, indicando que para estos efectos tales zonas debían ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental competente con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, y señalando a la vez que las actividades que contaran con título minero y licencia ambiental, al momento de su entrada en vigencia, podrían seguir desarrollándose hasta su terminación, sin opción de prórroga<sup>129</sup>.

---

<sup>129</sup> República de Colombia. Ley 1382 de 2010 (Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas)

Artículo 3°. El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así:

Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas

No obstante, esta Ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-366 de 11 de mayo de 2011, con efectos diferidos a dos (2) años<sup>130</sup>, al aludir principalmente la ausencia de la realización de una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes

Durante los casi tres (3) años y tres (3) meses que permaneció vigente la Ley 1382 de 2010, en materia ambiental, regía un nuevo Decreto, el 2820 de 2010 (expedido el 5 de agosto de ese año), que derogando el 1220 de 2005, reglamentaba el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales, el cual en su parte considerativa aludía que su promulgación se daba en el marco de la política del Gobierno Nacional del Plan Nacional de Desarrollo 2006 - 2010 “Estado Comunitario”, la cual demandaba del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en su calidad de ente coordinador del

---

zonas para producir estos efectos deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales.

Los ecosistemas de páramo se identificarán de conformidad con la información cartográfica proporcionada por el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt.

No obstante, lo anterior, las áreas de reserva forestal creadas por la Ley 2da de 1959 y las áreas de reserva forestales regionales, podrán ser sustraídas por la autoridad ambiental competente. La autoridad minera al otorgar el título minero deberá informar al concesionario que se encuentra en área de reserva forestal y por ende no podrá iniciar las actividades mineras hasta tanto la Autoridad Ambiental haya sustraído el área. Para este efecto, el concesionario minero deberá presentar los estudios que demuestren la adecuada coexistencia de las actividades mineras con los objetivos del área forestal.

Efectuada la sustracción, la autoridad minera en concordancia con las determinaciones ambientales establecidas, fijará las condiciones para que las actividades de exploración y explotación propuestas se desarrollen en forma restringida o sólo por determinados métodos y sistemas, de tal forma que no afecten los objetivos del área de reserva forestal no sustraída.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial establecerá los requisitos y el procedimiento para la sustracción a que se refiere el Inciso anterior. Igualmente establecerá las condiciones en qué operará la sustracción temporal en la etapa de exploración.

Parágrafo Primero. En caso que a la entrada en vigencia de la presente ley se adelanten actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental o su equivalente en áreas que anteriormente no estaban excluidas, se respetará tales actividades hasta su vencimiento, pero estos títulos no tendrán opción de prórroga.

Parágrafo Segundo. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial una vez entrada en vigencia la presente ley, en un término de cinco años, redelimitará las zonas de reserva forestal de ley 2 de 1959; en cuanto a cuáles son protectoras y cuales no procurando la participación de la autoridad minera y de los demás Interesados en dicho proceso.

Parágrafo Tercero. Para la declaración de las zonas de exclusión de que trata el presente artículo se requerirá un concepto previo no vinculante del Ministerio de Minas y Energía.

<sup>130</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M.P Luis Ernesto Vargas Silva. “En consecuencia, acorde con la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, la Corte considera que si bien se constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382/10, también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera. Por tal motivo, como se indicó, es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno.”

Sistema Nacional Ambiental -SINA y formulador de las políticas y regulaciones del medio ambiente, el mejoramiento en la eficiencia de los procesos de licenciamiento ambiental en aras de un crecimiento económico sostenible.

El artículo 3 del Decreto mencionado, mantenía la definición de licencia ambiental expuesta por el anterior Decreto 1220 de 2005, pero adicionaba un párrafo que enunciaba que las Corporaciones Autónomas Regionales y demás autoridades ambientales no podrán otorgar permisos, concesiones o autorizaciones ambientales, cuando éstos formen parte de un proyecto cuya licencia ambiental sea de competencia privativa del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

A un (1) mes y cinco (5) días de que la Corte Constitucional, declarara la inexecutable la Ley 1382 de 2010, se promulgaba la Ley 1450 de 16 de junio de 2011 -Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014-, por medio de la cual se amplió la protección de los ecosistemas de páramo al establecer que deberían ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces, mediante acto administrativo, prescribiendo que en los ecosistemas de páramo no se podían adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos<sup>131</sup>. Para tales efectos señaló que se consideraría como referencia mínima la cartografía contenida en el Atlas de Páramos de Colombia del Instituto Alexander Von Humboldt, hasta tanto se contara con una cartografía más detallada.

---

<sup>131</sup> República de Colombia. Ley 1450 de 2011 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014)

Artículo 202. Delimitación de Ecosistemas de Páramos y Humedales. Los ecosistemas de páramos y humedales deberán ser delimitados a escala 1:25.000 con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales adoptados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. La delimitación será adoptada por dicha entidad mediante acto administrativo.

Las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y los Establecimientos Públicos Ambientales realizarán el proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos de estos ecosistemas, con fundamento en dicha delimitación, de acuerdo con las normas de carácter superior y conforme a los criterios y directrices trazados por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial o quien haga sus veces. Para lo anterior, tendrán un plazo de hasta tres (3) años a partir de que se cuente con la delimitación.

Parágrafo 1o. En los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos. Para tales efectos se considera como referencia mínima la cartografía contenida en el Atlas de Páramos de Colombia del Instituto de Investigación Alexander von Humboldt, hasta tanto se cuente con cartografía a escala más detallada.

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

El 15 de octubre del año 2014, el Gobierno expedía el Decreto 2041, mediante el cual se reglamentó nuevamente el Título VIII de la Ley 99 de 1993 en relación con el licenciamiento ambiental, derogando de manera expresa el Decreto 2820 del año 2010. Si bien en términos generales se mantenían las definiciones y procedimientos previos; se introducía el concepto área de influencia (artículo 1), como “el área en la cual se manifiestan los impactos ambientales significativos ocasionados por la ejecución de un proyecto obra o actividad”, adicionalmente, en materia de competencias se sustituyó al Ministerio de Ambiente por la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, creada a través del Decreto 3573 del año 2011. Este Decreto, se encuentra vigente al estar compilado dentro del Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible 1076 de 2015.

Con el inicio de un nuevo periodo de Gobierno, se promulgaba la Ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 -2018, Todos por un nuevo país”, norma que derogó en su artículo 267 el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 (sobre protección a los páramos), y que en su lugar estableció en su artículo 173<sup>132</sup> por una parte

---

<sup>132</sup> Artículo 173. Protección y delimitación de páramos. En las áreas delimitadas como páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias ni de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, ni construcción de refinerías de hidrocarburos.

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible hará la delimitación de las áreas de páramos al interior del área de referencia definida en la cartografía generada por el Instituto Alexander Van Humboldt a escala 1:100.000 o 1:25.000, cuando esta última esté disponible. En esta área la autoridad ambiental regional deberá elaborar los estudios técnicos que permitan caracterizar el contexto ambiental, social y económico, de conformidad con los términos de referencia expedidos por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Al interior de dicha área, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible deberá delimitar el área de páramo, con base en criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos.

~~Parágrafo 1°. Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las Autoridades Ambientales deberán revisar las Licencias Ambientales otorgadas antes de la entrada en vigencia de la prohibición, en las áreas de páramo delimitadas y las mismas estarán sujetas a un control, seguimiento y revisión por parte de las autoridades mineras, de hidrocarburos y ambientales, en el marco de sus competencias y aplicando las directrices que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.~~

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

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

El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y sus entidades adscritas o vinculadas y las entidades territoriales, en coordinación con las Corporaciones Autónomas Regionales, y bajo las directrices del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, concurrirán para diseñar, capacitar y poner en marcha programas de sustitución y reconversión de las actividades agropecuarias que se venían desarrollando con anterioridad al 16 de junio de 2011 y que se encuentren al interior del área de páramo delimitada, con el fin de garantizar de manera gradual la aplicación de la prohibición.

que en las áreas delimitadas como páramos no se podrán realizar -entre otras- actividades de explotación de recursos naturales no renovables, y que le corresponde al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la delimitación de las áreas de páramos al interior del área de referencia definida en la cartografía generada por el Instituto Alexander von Humboldt a escala 1:100.000 o 1:25.000, cuando esta última se encuentre disponible, con base en criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos.

Los incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 -2018, Todos por un nuevo país”, establecían la posibilidad de continuar las actividades mineras en zonas de páramo, cuando éstas estuvieren amparadas por título minero y licencia ambiental, otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 (fecha que coincide con la expedición de la Ley 1382 de 2010).

Dichas disposiciones (incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015), que establecían en primer lugar una regla de transición – frente a la prohibición de ejecución de proyectos y actividades de minería en páramos- conforme a la cual en caso de que la exploración y explotación de recursos naturales no renovables contara con contrato y licencia ambiental o con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, podrían seguir ejecutándose, con la prohibición absoluta de prorrogar tales contratos y autorizaciones y se definía una obligación especial de revisión, seguimiento y control de las licencias ambientales que hubieran sido otorgadas antes de la entrada en vigencia de la prohibición prevista por el artículo, sin embargo, fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-035 de 2016.

Adicionalmente se preveía la caducidad del título minero o la revocatoria directa de la licencia ambiental sin compensación alguna, cuando se incumplieran las condiciones fijadas en ellas, y finalmente se señalaba que, cuando no fuera posible prevenir, mitigar, corregir o compensar los posibles daños ambientales sobre los ecosistemas de páramo, la actividad minera no podría desarrollarse aun en los casos en que existiere licencia ambiental.

---

Parágrafo 2°. En el área de referencia que no sea incluida dentro del área del páramo delimitada, no estará permitido otorgar nuevos títulos mineros o suscribir nuevos contratos para la exploración y explotación de hidrocarburos, ni el desarrollo de nuevas actividades agropecuarias. Esta área será objeto de ordenamiento y manejo integral por parte de las entidades territoriales de conformidad con los lineamientos que establezcan las Corporaciones Autónomas Regionales, con el fin de atenuar y prevenir las perturbaciones sobre el área delimitada como páramo y contribuir con la protección y preservación de estas.

Parágrafo 3°. Dentro de los tres (3) años siguientes a la delimitación, las autoridades ambientales deberán zonificar y determinar el régimen de usos del área de páramo delimitada, de acuerdo con los lineamientos que para el efecto defina el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Así pues, a través de la Sentencia C-035 de 2016 la Corte Constitucional, declaró inexecutable los incisos primero, segundo y tercero del párrafo primero del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015, lo que significa que, declarada la inconstitucionalidad de la transición prevista en la norma, se daba la expulsión de dichas previsiones del ordenamiento jurídico colombiano, sin haberse establecido ninguna consideración adicional.

En tal virtud ese régimen de transición conforme al cual las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables que contaran con título minero y licencia ambiental o instrumento ambiental equivalente, otorgados antes de 9 de febrero de 2010, [para minería] podrían seguir ejecutándose, fue excluido del ordenamiento jurídico colombiano y como tal, los presupuestos en él establecidos; de manera que a partir de la notificación de la precitada sentencia, no existe excepción a la prohibición general de ese tipo de actividades en las áreas delimitadas como páramo. Igual suerte tuvo la norma que establecía la prohibición de prórroga de tales contratos y permisos, al quedar por fuera del ordenamiento jurídico.

Finalmente, el Congreso de la Republica expidió el 27 de julio de 2018, la Ley 1930 “Por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia” señalando en su artículo cuarto como obligación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible la delimitación de los páramos y prohibiendo en su artículo quinto, entre otras las actividades de exploración y explotación minera en ellos.

Conforme a los antecedentes anteriormente esbozados, se ve como el trasegar de la legislación colombiana en materia ambiental, evidencia la forma como ha intentado resolverse la tensión existente entre el desarrollo y la necesidad de protección al medio ambiente.

Así, en principio no se requería una licencia ambiental previa para la ejecución de ciertas actividades como la explotación minera, sino instrumentos u otro tipo de permisos de menor envergadura, no obstante con el paso del tiempo este requisito se ha ido haciendo más riguroso, al punto que hoy en día se acepta que dados los impactos de actividades como la minería, su finalidad es permitir un grado de impacto que se encuentre dentro de ‘límites razonables’ y que no genere consecuencias irreversibles para el medio ambiente, por lo que en el procedimiento hasta su consecución, se tiene previstas rigurosas evaluaciones, se consultan otras autoridades e incluso se permite la participación ciudadana.

En igual sentido, las zonas donde podían desarrollarse este tipo de actividades, con el paso del tiempo también se ha ido limitando, siendo así que en el caso de los páramos, en los últimos diez (10) años, se ha pretendido su preservación, prohibiendo el desarrollo de

entre otras actividades, las mineras y de hidrocarburos, llegando al punto de encontrar inconveniente prever un régimen de transición para las actividades que tenían contrato y licencia ambiental vigentes antes de la expedición de la primera de las normas que establecía la prohibición de actividades mineras en páramos (la Ley 1382 de 2010), pues luego de una serie de debates sobre el tema y al sopesarse los beneficios principalmente económicos generados por la explotación de recursos mineros, sobre el sacrificio que por el desarrollo de estas actividades se da respecto de derechos como el ambiente sano y la salud, en conjunto con los posibles y muy seguramente irreversibles daños ambientales que tales generan, se considera, que la privación y padecimiento de estos, es desproporcionada sobre aquellos.

En este sentido se tiene que la normativa ambiental en Colombia no ha sido estática y continúa en constante evolución, y que, así como se transforman y se tecnifican diferentes actividades, el derecho ambiental incrementa su ámbito de regulación y su rigurosidad, siendo a medida que pasa el tiempo más proteccionista de los recursos naturales y el ambiente.

Si bien a simple vista es de general acogida las regulaciones normativas con miras a la protección ambiental, no debe dejarse de lado que en ámbitos como el del derecho internacional de inversiones, estas no resultan acompasadas con lo que la garantía de estabilidad jurídica implica, si se tiene en cuenta el compromiso del Estado de garantizar una aplicación normativa estable y transparente, que permita la ejecución del proyecto al inversor extranjero.

## **2.2. LA INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN LA MATERIA**

A la Corte Constitucional creada por el Capítulo IV de la Constitución Política de Colombia de 1991 e instalada por primera vez el 17 de febrero de 1992, le corresponde velar por la integridad y la supremacía de la Constitución<sup>133</sup>, tarea que otrora desarrollara la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Para el efecto, entre otras tareas tiene la de “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”<sup>134</sup>, función en virtud de la cual, conoce de manera exclusiva de los asuntos de constitucionalidad cuyo análisis le

---

<sup>133</sup> República de Colombia. Constitución Política de 1991. Artículos 241 al 244.

<sup>134</sup> República de Colombia. Constitución Política de 1991. Artículo 241 numeral 4.

confía la Carta Política y establece, en su condición de intérprete autorizado, las reglas jurisprudenciales sobre el alcance de las normas contenidas en la Constitución, y por efecto de lo cual ha emitido la mayoría de los pronunciamientos más relevantes en materia ambiental.

La importancia de determinar si una norma legal es constitucional, es decir ajustada a los mandatos constitucionales, o si por el contrario es inconstitucional, esto es si existe disconformidad entre ella y la Constitución; radica en la necesidad de mantener un orden jurídico justo y coherente, que otorgue unidad de sentido a las diferentes normas jurídicas, a efecto que actúen como instrumentos para la garantía concreta de los principios fundantes del Estado constitucional<sup>135</sup>; postulado bajo el cual, la Corte Constitucional emite sus pronunciamientos.

Así las cosas, la evolución normativa en materia ambiental, -reseñada en el acápite anterior-, mostró que, no podía ser estudiada, solo desde la emisión de leyes por parte del poder legislativo y de la reglamentación por parte del poder ejecutivo, resultando inminente la intervención de la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia.

Allí se expuso que, a partir de 1974 cuando con el Decreto 2811 se expidió el Código de Recursos Naturales y de Protección al Medio Ambiente, se empezó a reconocer el ambiente y los recursos naturales como patrimonio común, y por ende objeto de protección no solo de parte del Estado sino también de los particulares; luego con la Ley 99 de 1993 y ya contando con todo el marco que establecía la llamada ‘Constitución Ecológica de 1991’, progresivamente la normativa ambiental fue incrementando su rigurosidad, siendo la inclusión de la licencia ambiental, el elemento más importante.

No obstante, fue hasta el 2010, cuando con la Ley 1382 se incluyeron los ecosistemas de páramo dentro de las zonas excluidas de la minería, que se empezaron a hacer más latentes los pronunciamientos de la Corte Constitucional en esta materia.

---

<sup>135</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-054/16. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL-Función integradora - El principio de supremacía constitucional cumple una función integradora del orden jurídico. La Constitución fija el modelo de Estado como democrático y social de Derecho, determina los valores fundantes de dicho modelo, propugna por la primacía de la dignidad humana, la justicia y la eficacia de los derechos fundamentales, así como garantiza el pluralismo, la participación, el aseguramiento de la igualdad de oportunidades para todas las personas y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Estos principios esenciales, junto con otros, cumplen una función central frente al sistema de fuentes: otorgan unidad de sentido a las diferentes normas jurídicas, las cuales se tornan en instrumentos para la garantía concreta de los principios fundantes del Estado Constitucional. En otras palabras, los principios en comento son el fin último de la aplicación del derecho y la interpretación jurídica subyacente. Las normas jurídicas, así comprendidas, deben actuar coordinada y unívocamente, a fin de mantener la vigencia de los principios constitucionales. De lo que se trata, en últimas, es que la interpretación de las normas responda a una suerte de coherencia interna del orden jurídico en su conjunto, vinculado a la realización de los principios centrales del Estado Social y Democrático de Derecho.”

Si bien desde esta oportunidad se advierte que el legislador quiso proteger los ecosistemas de páramo catalogándolos como zonas excluibles, también, en una especie de posición proteccionista, pero mediadora frente a ‘derechos adquiridos’, dejaba a salvo las actividades de construcción, montaje o explotación minera con título minero y licencia ambiental vigentes.

Dada la corta vigencia de la Ley 1382 de 2010, el Gobierno Nacional, aprovechó para que a través de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo 1450 de 2011, se estableciera – como ya se había hecho previamente- que en los ecosistemas de páramos no se podrían adelantar actividades entre otras de explotación minera.

Para el siguiente periodo de gobierno, con la emisión de una nueva ley de Plan Nacional de Desarrollo, esta vez la Ley 1753 de 2015, se reformó la protección a páramos que incluía la pasada Ley del Plan, retomando la estructura que contuviera la inexequible reforma al Código de Minas, esto es una protección a las áreas delimitadas como páramos donde no se podrían adelantar entre otras actividades de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, pero que permitía a quienes estuvieren adelantando dichas actividades con título minero e instrumento ambiental vigentes, otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010, seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga.

No obstante, como se vio, con la Sentencia C-035 de 2016 de la Corte Constitucional, se declaró inexequible la prerrogativa en mención, expulsándose del ordenamiento jurídico la posibilidad que se consagraba para quienes se encontraran adelantando actividades amparados en título minero y licencia ambiental vigentes.

Así, la visión de la jurisprudencia constitucional ha mutado conforme ha evolucionado lo que resulta ser objeto de protección por parte de la normativa ambiental.

En la Sentencia C-035 de 2016, los accionantes, alegaron que las normas demandadas referidas a la posibilidad de adelantar actividades mineras y de hidrocarburos en páramos, vulneraban los derechos i) al medio ambiente, ii) al agua, y iii) al patrimonio público, razón por la cual, el problema jurídico que la Corte se planteó resolver fue si: ¿El restablecimiento de los fundamentos jurídicos con base en los cuales la administración otorgó licencias ambientales y/o contratos de concesión, para preservar los derechos adquiridos, justifica constitucionalmente el levantamiento de la prohibición para desarrollar proyectos y actividades mineras y de hidrocarburos en ecosistemas de páramo a sus titulares?

Para la resolución del problema jurídico planteado, la Corte abordó diferentes temáticas, de las cuales se extraen los apartes mas relevantes.

Sobre la libertad económica para el desarrollo de actividades de extracción de recursos no renovables, indicó que, si bien la Constitución Política reconoce la libertad económica y de empresa como pilares del modelo económico colombiano, tales no se constituyen en derechos absolutos, pues en nuestro sistema constitucional tanto la propiedad (artículo 58) como la empresa (artículo 333) deben cumplir una función social que implica obligaciones<sup>136</sup>.

Respecto a la intervención del Estado en la actividad económica de extracción de recursos naturales no renovables señaló:

Por mandato expreso de la Constitución, el Estado tiene el deber de intervenir en la explotación de los recursos naturales y en el uso del suelo, así como determinar las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables (...). En esa medida, al tratarse de bienes de propiedad del Estado, esta actividad económica está sujeta a unos parámetros constitucionales especiales, correspondientes con los fines mismos del Estado.

(...) la sola existencia de un contrato de concesión no impide al Estado limitar, condicionar o prohibir la actividad objeto de la concesión, cuando con ello se pretenda proteger un bien jurídico de mayor importancia constitucional. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el Estado adquiere información nueva de que un medicamento, un alimento, o la explotación de un determinado material de construcción tiene consecuencias nocivas para la salud. En tales casos, el Estado puede perfectamente prohibir la producción, transformación, distribución y comercialización del respectivo producto. Con mayor razón, puede entonces prohibir la extracción de un recurso de su propiedad, siempre que exista una duda razonable sobre la afectación de bienes jurídicos objeto de protección constitucional. Aceptar una posición contraria, limitando la actividad del Legislador y del gobierno a la inexistencia de contratos de concesión equivaldría sujetar la actividad legislativa a intereses particulares, estancar la capacidad del ordenamiento de responder a los cambios sociales, e invertir la regla constitucional de prevalencia del interés general.

Siendo ello así, en virtud de la prevalencia del interés general sobre el particular es perfectamente posible desde el punto de vista constitucional que el Legislador prohíba una actividad que estaba desarrollando en conjunto con un particular, cuando con ello se pretenda evitar un riesgo para un bien jurídicamente protegido.

(...)

De tal modo, el hecho de que el Estado haya otorgado una licencia ambiental para llevar a cabo una actividad extractiva no es óbice para que el mismo Estado prohíba la realización

---

<sup>136</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. p. 115 y 116

de tal actividad, con posterioridad a su expedición, como lo hizo el Legislador en el Código de Minas y en el anterior Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014<sup>137</sup>.

Respecto a la Constitución Ecológica y su relación con el concepto de desarrollo sostenible indicó que, el ambiente sano se erige como un derecho de todo ciudadano, pero también como un deber del Estado.

En relación con el deber del Estado de conservar las áreas de especial importancia ecológica, recordó que en el plano internacional existe un marco regulatorio sobre áreas protegidas en el Convenio de Diversidad Biológica que debe acatarse frente a las áreas reguladas o administradas a fin de alcanzar objetivos específicos de conservación.

También, resaltó la importancia del páramo como regulador del ciclo hídrico, aduciendo que:

(...) la calidad del recurso hídrico proveniente de los páramos no sólo impacta positivamente en la calidad de vida de los habitantes en términos de potabilidad, sino que también tiene un impacto positivo desde el punto de vista económico, ya que los menores costos de tratamiento de la misma influyen en la determinación de la tarifa, y garantizan que personas pertenecientes a distintos niveles socioeconómicos tengan acceso a ella.

(...) los ecosistemas de páramo sean una de las principales fuentes de captación del recurso hídrico porque el transporte y suministro del mismo es más sencillo y económico, toda vez que el agua no debe recorrer grandes distancias para ser llevada a los lugares de donde se capta para su posterior utilización y se canaliza y/o distribuye mayormente por efecto de la gravedad<sup>138</sup>.

Se hizo hincapié en la vulnerabilidad, fragilidad y casi imposible capacidad de recuperación del ecosistema de páramo, al caracterizarse por ser un ecosistema que evolucionó en un contexto geográfico estable, de manera relativamente aislada de factores de perturbación exógena, como los cambios de clima, los incendios, o la presencia humana.

En relación con el agua, se reiteró que el derecho al agua potable destinada al consumo humano es un derecho fundamental, en tanto su afectación lesiona gravemente derechos fundamentales, tales como la vida digna, la salud y el medio ambiente.

Finalmente se destacó el déficit de protección jurídica de los ecosistemas de páramo, señalando:

---

<sup>137</sup> *Ibíd.* p. 117 - 119

<sup>138</sup> *Ibíd.* p. 133

Así mismo, esta Corporación encuentra que otra de las falencias en la protección de los ecosistemas de páramo es que la prohibición de desarrollar actividades agropecuarias, así como de exploración o explotación de recursos naturales no renovables, se restringe al área delimitada por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, sin que exista un criterio que limite la potestad que tiene dicha cartera para apartarse de los parámetros científicos que le entrega el IAvH, que la obligue a dar argumentos científicos cuando se desvía de estos parámetros, y en general, que obligue al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a cumplir su obligación constitucional de proteger los ecosistemas de páramo.

El resultado, entonces, es que en la actualidad no existe una garantía de que los ecosistemas de páramos están siendo protegidos de manera efectiva. Por lo anterior, es posible concluir que la delimitación de los páramos no obedece a una ponderación acorde con el sistema de valores de nuestra Constitución, toda vez que la efectividad del deber de proteger las áreas de especial importancia se desvirtúa si las medidas de protección tienen un alcance parcial<sup>139</sup>.

Tomando como base los argumentos anteriores, y frente al problema jurídico sobre si resulta razonable permitir transitoriamente las actividades de minería e hidrocarburos en áreas de especial protección constitucional, como lo son los páramos, para la Corte la respuesta fue negativa, al encontrar que el sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos, como la calidad, continuidad y accesibilidad del agua, y los demás servicios ambientales que prestan los páramos resultan desproporcionados frente a los eventuales beneficios económicos provenientes de la extracción de recursos naturales no renovables. Tratándose de un ecosistema tan vulnerable, frágil y poco adaptable como el de los páramos, su afectación tiende a ser de más largo plazo, cuando no permanente.

Y es que previo a la emisión de la Sentencia C-035 de 2016, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-339 de 2002, ya había sentado una importante postura en relación con la ejecución de actividades mineras en zonas de especial protección ambiental, como se señalará a continuación.

La Ley 685 de 2001, contiene en sus artículos 34 y 35 lo relativo a las zonas excluidas y restringidas de la minería, y en su artículo 36 indica el modo en que aplican dichas exclusiones y restricciones, señalando:

En los contratos de concesión se entenderán excluidas o restringidas de pleno derecho, las zonas, terrenos y trayectos en los cuales, ~~de conformidad con los artículos anteriores~~, está prohibida la actividad minera o se entenderá condicionada a la obtención de permisos o autorizaciones especiales. Esta exclusión o restricción no requerirá ser declarada por autoridad alguna, ni de mención expresa en los actos y contratos, ni de renuncia del proponente o concesionario a las mencionadas zonas y terrenos.

---

<sup>139</sup> *Ibíd.* p. 140 y 141.

La expresión “de conformidad con los artículos anteriores”, que antes de la Sentencia C-339 de 2002 (la cual resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001- Código de Minas-, declarando entre otras cosas el aparte tachado inexequible) acompañaba la redacción de este artículo, se declaró inconstitucional, dada la limitación a las zonas de exclusión y restricción que se determinaba estrictamente en la Ley 685 de 2001.

El demandante tildó de inconstitucional la expresión “de conformidad con los artículos anteriores” por considerar que limitaba las zonas de exclusión y restricción a lo determinado estrictamente en la Ley 685 de 2001, con lo cual se desconocía el límite impuesto en los artículos 333 y 334 de la Constitución, permitiendo una exploración y explotación minera indiscriminada de áreas que no se encontraran comprendidas en la mencionada Ley. Aludía que, de una parte, desconocía las leyes vigentes que protegen zonas distintas de los parques naturales nacionales, los parques naturales regionales y las reservas forestales; y de otra, cerraba la posibilidad de que le fueran oponibles leyes posteriores que establecieran nuevas zonas de exclusión o restricción de la actividad minera, por razones ambientales y de protección de la biodiversidad.

Con ocasión a la referida demanda, la Corte Constitucional desde el año 2002, fue clara en señalar que, por razones ambientales y de protección de la biodiversidad, es posible que sean oponibles leyes posteriores que establezcan nuevas zonas de exclusión o restricción de la actividad minera.

A través de la Sentencia C-339 de 2002, la Corte aclaró que las zonas de exclusión de la actividad minera no se limitaban de manera exclusiva ni taxativa a las indicadas en el artículo 34 del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, esto es a las áreas que integran los parques nacionales naturales, los parques naturales de carácter regional y a las zonas de reserva forestal, sino que pueden existir otras declaradas con anterioridad o que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental. Esta precisión es de especial importancia en el presente caso pues hace parte de la ratio decidendi de la declaratoria de exequibilidad del inciso segundo del artículo 34 del Código de Minas, y si bien no fue introducida como un condicionamiento en la parte resolutive tiene un carácter vinculante, pues fija el alcance actual de esta disposición. Por lo tanto, las autoridades ambientales pueden declarar excluidos de la minería ecosistemas tales como los páramos aun cuando estos no se encuentren comprendidos en parques nacionales o regionales o en zonas de reserva forestal.

Lo anterior como quiera que, una vez la Corte declara la constitucionalidad condicionada de una norma, esta se integra de manera automática a la misma y debe ser aplicada exclusivamente bajo esa interpretación, esto quiere decir que, en caso de no aplicarse la interpretación introducida por la Corte, se estaría aplicando una norma inconstitucional.

Ello se corresponde con el control de constitucionalidad, respecto del cual la misma Corte Constitucional, ha señalado que bajo la función directiva de la supremacía constitucional, la armonía con la Carta Política opera como árbitro entre interpretaciones jurídicas divergentes<sup>140</sup>.

Esta interpretación dada por la Corte Constitucional es coherente con lo que inclusive antes de la entrada en vigor del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, había expresado el legislador en la exposición de motivos de esta norma, al indicar:

Otro criterio que posiblemente sea el pilar básico de toda estabilidad jurídica, es rodear a los compromisos del Estado con los particulares de la suficiente seguridad y aplicabilidad frente a normas nuevas de todo orden. En este sentido, el Proyecto, sin desconocer que pueden darse normas posteriores al contrato de concesión, que necesariamente deben aplicársele al contratista v.gr las normas y reglas de orden técnico y ambiental, hay otras normas posteriores que modifican o derogan términos, condiciones y cargas para el contratista, y que no deben serle aplicadas para de esta forma respetar la incolumidad del contrato durante su vigencia, inclusive durante sus prorrogas.

En tal virtud, no es de menor relevancia destacar que, conforme a la interpretación dada por la Corte Constitucional, la misma Ley minera 685 de 2001 establece la posibilidad de que leyes posteriores determinen nuevas zonas de exclusión o restricción de la actividad minera, dada la especial protección a los recursos naturales y al medio ambiente a cargo del estado.

La Sentencia C-339 de 2002, presenta la interpretación dada por la Corte Constitucional –entre otros- al artículo 36 del Código de Minas, en la cual declara inexecutable un aparte de la norma con el fin de ajustarlo a los postulados constitucionales, siendo esta una interpretación restrictiva que busca condicionar la disposición normativa a las normas constitucionales protectoras del medio ambiente, pues si bien no expulsa la totalidad del artículo de forma definitiva del ordenamiento jurídico, si le da una lectura acorde a los vacíos que en materia ambiental contuviera el estatuto minero y que debían llenarse para dotar la norma de constitucionalidad.

De manera que la permanencia de la disposición en el ordenamiento jurídico se da bajo el análisis de constitucionalidad que le imprime la interpretación que resulta acorde con los postulados constitucionales y que atiende a los principios de orden ambiental señalados en la Constitución, y a la supremacía de la carta sobre las leyes, pues de otra manera se estaría impidiendo la aplicación de normas Constitucionales frente al Código de Minas -Ley 685 de 2001-.

---

<sup>140</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

- Otros pronunciamientos jurisprudenciales para destacar

En paralelo, durante los pasados dos gobiernos, se abrió más campo a la inversión extranjera, suscribiendo tratados de libre comercio TLC y tratados bilaterales de inversión TBI con otros países, como sinónimo de expansión y crecimiento<sup>141</sup>.

Así en la Sentencia C-155 de 2007, referente a la ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia, se resaltó la vocación integracionista de la Constitución de 1991, conforme a los mandatos del Preámbulo y los artículos 9º y 22.

En la Sentencia C-608 de 2010 se revisó la constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia, -el cual se constituye en un instrumento internacional mediante el cual se crea una zona de libre comercio entre ambos países, conformado por 23 Capítulos donde si bien los temas centrales son los relacionados con el intercambio comercial, contiene también capítulos relativos a trato nacional y medio ambiente, encontrándose según lo afirmado en la Sentencia, ajustado a los mandatos constitucionales de internacionalización de las relaciones económicas del país.

La Sentencia señala que, en el Capítulo 17 del TLC sobre el medio ambiente, “las Partes reconocen tener derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales, de conformidad con su legislación nacional, al igual que sus obligaciones internacionales. Así mismo, se comprometen a estimular el comercio o la inversión, sin debilitar o reducir los niveles de protección contemplados en sus respectivas legislaciones ambientales” y considera que el mismo se ajusta a la Constitución dado que reafirma la vigencia de los compromisos asumidos por

---

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ, Gina Paola “Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos: ¿una misma derecha?” [En línea] Tema Central Nuso N° 254 / Noviembre - Diciembre 2014.. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/alvaro-uribe-y-juan-manuel-santos-una-misma-derecha/> (Consultada: 26 de agosto de 2020)

En un panorama colombiano de economía emergente, durante los gobiernos de los ex presidentes Álvaro Uribe Vélez y Juan Manuel Santos, -a quienes se les ha considerado “amantes del libre mercado y de los tratados de libre comercio (TLC)”<sup>141</sup>-, se pretendió darle un giro a la política internacional colombiana. En el primer periodo de gobierno del presidente Santos se hablaba de la locomotora minera, pero también, se llamaba la atención frente a la protección del medio ambiente.

BRAVO LEDEZMA y DUSSÁN, Op. cit.

Las locomotoras quedaron consignadas en el Plan Nacional de Desarrollo 2010- 2014 “Prosperidad para todos” como uno de los tres pilares para el crecimiento económico y la generación de empleo. Estos sectores, que avanzan o deberían de avanzar con un mayor dinamismo que el promedio de la economía, son la infraestructura, la vivienda, el sector minero energético, la innovación y la agricultura (Departamento Nacional de Planeación, 2010)

el Estado colombiano en materia de protección al medio ambiente, lo cual es conforme con los artículos 79 y 80 superiores.

De otro lado, la Corte en la Sentencia C-915 de 2010, juzgó la constitucionalidad del acuerdo sobre medio ambiente entre Colombia y Canadá, trayendo a colación la triple dimensión de la “Constitución Ecológica” como (i) principio que irradia todo el orden jurídico (ii) derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, y (iii) conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Destacando como labor de la Corte “contrastar esos principios, derechos y obligaciones con los compromisos adquiridos por el Estado colombiano mediante el tratado de la referencia y así determinar su conformidad o disconformidad con la Constitución”<sup>142</sup>, análisis que concluyó en la exequibilidad del acuerdo.

De la Sentencia C-389 de 2016 que juzgó la constitucionalidad de diversas disposiciones del Código de Minas (Ley 685 de 2001) en las que se prevén los requisitos de validez de la solicitud o propuesta de concesión minera, se destaca el llamado de atención que hace la Corte respecto al “derecho fundamental a la participación ciudadana”, en el desarrollo de proyectos mineros.

En la Sentencia SU-095 de 2018, la Corte zanja la discusión suscitada con ocasión de las consultas populares que pretendían impedir el desarrollo de actividades mineras en los territorios, señalando que tal decisión corresponde al Estado central y no a las entidades territoriales. No obstante, se resalta el “déficit de protección constitucionalmente inadmisibles en cuanto no se aprecia en el ordenamiento regulación legal que garantice mecanismos específicos de participación ciudadana e instrumentos de coordinación y concurrencia entre la nación y las entidades territoriales para la explotación de los recursos del subsuelo”<sup>143</sup>.

En general el llamado de la Corte, frente a quienes ejecutan proyectos mineros, es a actuar “con debida diligencia para prevenir, reducir y mitigar los impactos sociales, ambientales y económicos en territorio de sus operaciones y con ello, desplegar todas las labores y gestiones necesarias para tales fines, en el marco de sus obligaciones constitucionales,

---

<sup>142</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-915 de 2010. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

<sup>143</sup> CORREA HENAO, Magdalena y ROA ROA, Jorge. Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial y Principios Ruggie. [En Línea] p. 169 Disponible en: file:///C:/Users/User/Downloads/Derechos\_Humanos\_responsabilidad\_social.pdf (Consultada: 4 de agosto de 2020)

legales y contractuales”<sup>144</sup>, y a la par, el llamado para el Estado es que ejecute su deber de exigir rigurosamente la debida diligencia ambiental y social<sup>145</sup>.

De esta manera se tiene que “las actividades de explotación minera y de hidrocarburos, son las que han suscitado mas pronunciamientos de la Corte Constitucional, sobresaliendo casos relacionados con: i) los derechos a la participación, ii) de acceso al agua y al medio ambiente sano y iii) a la libertad de trabajo.”<sup>146</sup>

En relación con lo anterior, y frente a la evolución de la regulación en materia ambiental en Colombia, llama la atención, el protagonismo de la Corte Constitucional, quien con ocasión a demandas de inconstitucionalidad -en su mayoría- y en menor medida a casos de tutela, no solo ha dado alcance a diferentes disposiciones con sus interpretaciones, sino que ha expulsado del ordenamiento jurídico normas por encontrarlas contrarias a la Constitución, dando cuenta del activismo judicial latente en el país.

En este punto se considera que este ‘conflicto’ entre los poderes legislativo y ejecutivo, con el poder judicial además de ser inevitable, es necesario, si se tiene en cuenta que en todo caso, se trata de la adecuación de las normas al orden constitucional<sup>147</sup>.

No obstante, la misma Constitución es el reflejo de dos intereses contrapuestos, de un lado, el desarrollo económico y la necesidad de potenciar la inversión extranjera en pro de tal y de otro, el derecho a un ambiente sano y el deber de conservación de los recursos naturales y el ambiente.

En esta medida, tanto la emisión de normativa ambiental como su regulación jurisprudencial, ponen sobre la mesa la problemática de las consecuencias patrimoniales

---

<sup>144</sup> *Ibíd.* P 170

<sup>145</sup> *Ibíd.* p. 170

<sup>146</sup> *Ibíd.* p. 166

<sup>147</sup> ROUSSEAU, Dominique. Las relaciones conflictuales entre las cortes constitucionales y los poderes legislativo y ejecutivo. En *Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional*. Editor HENAO, Juan Carlos. Universidad Externado de Colombia. 2013. P 324.

“Los conflictos son inevitables entre la Corte Constitucional -cualquiera que sea el país- y el poder legislativo y ejecutivo, porque con el control de constitucionalidad, el régimen de fabricación de la ley se trastorna. Cuando no hay control de constitucionalidad, la ley es hecha por el dueto ejecutivo -legislativo. Cuando hay una Corte Constitucional, la elaboración de la ley es realizada por el dueto ejecutivo -legislativo, pero con la intervención de la Corte Constitucional. El régimen de elaboración de la ley ya no es monopolizado por los poderes legislativo y ejecutivo: se trata de un régimen de concurrencia de elaboración de la Ley.”

que tales pueden generar, cuando la obligación jurídico– constitucional de proteger el medio ambiente, puede suponer un daño antijurídico<sup>148</sup>.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que unas son las consecuencias que una decisión judicial puede generar frente a un nacional, y otras las que se desprenden cuando el destinatario es un inversor extranjero protegido por un acuerdo internacional. Pues si bien frente al nacional, puede resultar diáfano el modo de aplicación de los fallos de constitucionalidad, y las consecuencias que de ellos se derivan, para un inversor extranjero con expectativas de desarrollo de un proyecto, y quien asumía la aplicación de las normas tal como se preveían al momento de iniciar la inversión, puede resultar además de contradictorio falta de transparencia un cambio en la normativa aplicable o en su interpretación, consecuencia de un fallo judicial, aun cuando este fallo resulte conveniente para los intereses nacionales.

No en vano, en los últimos años, con ocasión a la explotación de recursos naturales no renovables, han ido en aumento los conflictos ambientales entre autoridades y comunidades locales de un lado, y gobiernos nacionales y e inversores extranjeros por el otro<sup>149</sup>. Sobre este ultimo a continuación se pasará a analizar lo pertinente en el capítulo final.

---

<sup>148</sup> SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Responsabilidad patrimonial del Estado por afectaciones ambientales a la propiedad privada. En: Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa colombiana. Editor OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Universidad Externado de Colombia. 2013. p. 245.

<sup>149</sup> CORREA HENAO, Magdalena y PALACIOS TORRES, Alfonso Editores. El Estado Constitucional Colombiano en la periferia Tomo II. Universidad Externado de Colombia. 2019. Bogotá. The Economist. Mining in Latin America: From Conflict to co-operation” Disponible en: <https://www.economist.com/the-americas/2016/02/06/From-Conflict-to-co-operation>. p. 31.

## CAPÍTULO III

### LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS Y LAS INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALES

#### 3.1. CONTEXTO DEL CASO DE LA PRETENDIDA EXPLOTACIÓN MINERA POR PARTE DE LA EMPRESA ECO ORO EN EL PÁRAMO DE SANTURBÁN

Eco Oro Minerals Corp en adelante Eco Oro, una corporación constituida bajo las leyes de Canadá, que desarrolla actividades de exploración y explotación de metales preciosos y que cotiza en la bolsa de Toronto, inició actividades mineras en el territorio colombiano desde el año 1994, cuando su razón social correspondía a Greystar Resources LTD<sup>150</sup>.

Previo a reseñar la historia de Eco Oro en Colombia, a través de los títulos mineros constituidos, es importante destacar que:

La International Finance Corporation (IFC) – organización que también hace parte del grupo Banco Mundial – realizó inversiones de capital en Eco Oro Minerals, desde mayo de 2009, por 20 millones de dólares. En ese entonces, adquirió el 12,5% de sus acciones -transadas en la bolsa de Toronto- con el objetivo de financiar el desarrollo de estudios de vulnerabilidad bancaria e impacto socio ambiental, además de facilitar el inicio de labores de exploración en la mina<sup>151</sup>.

A su vez la multinacional es un inversionista protegido bajo el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Canadá y por lo tanto tiene derecho a las protecciones establecidas en el capítulo de inversiones de este.

Lo señalado anteriormente significa que una multinacional canadiense, financiada en parte por una agencia del Banco Mundial, demanda a Colombia por medio de un mecanismo administrado por otra agencia del mismo grupo<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> Eco Oro Pagina Oficial. Perfil de la Empresa [En línea] Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/Profile.asp>

<sup>151</sup> VELÁSQUEZ RUIZ, Marco. “La increíble historia de la demanda de Eco Oro Minerals contra Colombia” [En Línea] Disponible en: <http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/12/15/la-increible-historia-eco-oro/> (Consultada” 4 de febrero de 2020)

<sup>152</sup> *Ibíd.*

El contexto del caso se muestra a continuación.

Para el año 2007 Greystar Resources LTD, como beneficiara de 10 títulos mineros (contratos 0110-68, 0102-68, 0140-68, 0302-68, 3452, 13929, 0045-68, 0047-68, 13356, 0300-68), una licencia de exploración (0370/68), y estando en trámite dos solicitudes de propuesta de contrato de concesión (GB3-091 y HBD-082/) ubicados todos ellos en jurisdicción de los municipios de Vetas, California y Suratá, en el Departamento de Santander y Cucutilla en el Departamento de Norte de Santander, solicitó al Instituto Colombiano de Geología y Minería INGEOMINAS (autoridad minera en su momento) la integración de áreas de los títulos y solicitudes mineras enunciadas, con el fin de adelantar actividades mineras bajo un solo contrato y realizar en dichas áreas sus obras y labores, simultánea o alternativamente, con objetivos y metas de producción unificados.

Frente a esta solicitud la Dirección del Servicio Minero de INGEOMINAS, mediante Resolución DSM -0075 de 2 de febrero de 2007, autorizó la integración de las áreas correspondientes a los títulos y solicitudes enunciados anteriormente.

Dado que algunos de los contratos en mención, se habían suscrito previo a la entrada en vigor de la Ley 685 de 2001, Código de Minas vigente en la actualidad y vigente para el momento de aprobación de la mencionada integración de áreas, -por lo que estaban regidos por una norma anterior-, la empresa Greystar Resources LTD, solicitó que la integración se acogiera al régimen de la Ley 685 de 2001. Consecuencia de lo anterior, INGEOMINAS y la empresa solicitante, celebraron, bajo el régimen de la Ley 685 de 2001 el contrato de concesión 3452, inscrito en el Registro Minero Nacional el día 9 de agosto de 2007, por un término de veinte (20) años.

A partir del perfeccionamiento del contrato y mientras el mismo se encontrara en etapa de exploración, entre otras obligaciones a cargo del titular minero, en materia ambiental le correspondía dar cumplimiento a las guías minero ambientales, que se constituyen en un instrumento de consulta obligatoria y orientación de carácter conceptual, metodológico y procedimental<sup>153</sup>.

Ahora bien, para la iniciación de los trabajos de las posteriores etapas de construcción y montaje y explotación, la ley colombiana establece que, se deberá contar con la aprobación del programa de trabajos y obras<sup>154</sup> por parte de la autoridad minera y el

---

<sup>153</sup> República de Colombia. Resolución 18-0861 de 2002 (por medio de la cual se adoptan las guías minero-ambientales y se establecen otras disposiciones)

<sup>154</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículo 281. Aprobación del Programa de Trabajos y Obras. Presentado el Programa de Trabajos y Obras treinta (30) días antes de finalizar la etapa de exploración, la autoridad concedente lo aprobará o le formulará objeciones dentro de los treinta (30) días siguientes. [.]. En el acto de aprobación del Plan de Obras y Trabajos la autoridad minera autorizará la iniciación de los trabajos de explotación, siempre que

otorgamiento de la licencia ambiental o plan de manejo ambiental<sup>155</sup>, por parte de la autoridad ambiental competente.

En este sentido, correspondía a Eco Oro como titular minero, iniciar los trámites tendientes a la consecución de la licencia ambiental la cual con las restricciones y condicionamientos que impusiera al concesionario, formaría parte de sus obligaciones contractuales, y sin la cual no resultaría legalmente posible, ejecutar las subsiguientes fases de construcción y montaje y explotación.

De esta manera, paralelo al trámite ante la autoridad minera, la empresa inició los trámites tendientes a obtener de parte de la Autoridad Ambiental el permiso ambiental, por lo cual mediante Auto No. 28 del 13 de enero de 2010, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, inició el trámite administrativo de solicitud de licencia ambiental global, a nombre de la empresa GREYSTAR RESOURCES LTD, para el proyecto de explotación de minerales auroargentíferos denominado “Angostura”, correspondiente al contrato de concesión minera No. 3452, localizado en jurisdicción de los municipios de California y Vetas, departamento de Santander.

Mientras la empresa titular, llevaba a cabo las actuaciones tendientes a obtener el permiso ambiental, y a los tres (3) años de haberse celebrado el contrato de concesión 3452, se promulgaba la Ley 1382 de 9 de febrero de 2010, que modificó parcialmente el Código de Minas -Ley 685 de 2001-, y que incluyó los ecosistemas de páramo dentro de las zonas excluidas de la minería<sup>156</sup>, no obstante dicha Ley permitió a los proyectos que contaban con título minero y licencia ambiental a su entrada en vigencia, continuar desarrollándose hasta su finalización, sin posibilidad de prórroga<sup>157</sup>.

---

se haya acreditado la obtención de la respectiva Licencia Ambiental.

<sup>155</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículo 205.

Y Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible 1076 de 2015, establece en su artículo 2.2.2.3.2.1. que: “Estarán sujetos a licencia ambiental únicamente los proyectos, obras y actividades que se enumeran en los artículos 2.2.2.3.2.2 y 2.2.2.3.2.3 del presente decreto”, siendo de competencia de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y de las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los Grandes Centros Urbanos y las autoridades ambientales creadas mediante la Ley 768 de 2002, el otorgamiento o no de licencias ambientales para la explotación minera, conforme a los volúmenes de explotación que allí se enuncian.

<sup>156</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículos 34 y 36.

<sup>157</sup> Ley 1382 de 2010 (por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas) Artículo 3°. Op. cit.

Sin embargo, la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexecutable -con efectos diferidos a dos años- por la Sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011<sup>158</sup>, (lo que significaba que dicha ley saldría definitivamente del ordenamiento jurídico el 11 de mayo de 2013), como quiera que no se había consultado con las comunidades étnicas su contenido y expedición.

El 16 de junio de 2011, a un mes y unos pocos días de la declaratoria de inexecutable de la Ley 1382 de 2010 (y por virtud de la cual, se suponía quedaba sin base legal la prohibición de actividades mineras en páramos), se emitía la Ley 1450 de 2011 -Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014: Prosperidad para Todos-, a través de la cual se recogía y ampliaba la protección a los ecosistemas de páramo al prohibir dentro de ellos -entre otras- las actividades mineras.

A la par, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible a través de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales ANLA, emitía la Resolución No. 1015 del 31 de mayo de 2011, aclarada mediante Resolución No. 35 del 31 de octubre de 2011, por medio de la cual negaba la licencia ambiental global solicitada por la empresa Greystar Resources LTD., para el proyecto de explotación de minerales auroargentíferos denominado “Angostura” correspondiente al contrato de concesión minera No. 3452, aludiendo inviable la licencia, con ocasión a que parte del área a ser intervenida por el proyecto coincidía con áreas de exclusión.

Finalizando el año 2011, la empresa Greystar Resources LTD, cambia su razón social por Eco Oro Minerals Corp, Sucursal Colombia, en consecuencia, la autoridad minera mediante Resolución SFOM No. 004 de 5 de enero de 2012, ordena modificar el nombre del titular del contrato de concesión 3452, que era Greystar Resources LTD, por el de Eco Oro Minerals Corp, Sucursal Colombia.

En todo caso, en cumplimiento de lo dispuesto con el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011 y los numerales 15 y 16 del artículo 2 del Decreto 3570 de 2011, el Ministerio de Ambiente inició procedimiento de delimitación del páramo de Santurbán.

De otro lado, el Gobierno Nacional establecía en el documento Conpes 3762 de 2013, los lineamientos de política para el desarrollo de Proyectos de Interés Nacional y Estratégicos PINES, cuya importancia recaía en los ingresos significativos que le generan a la Nación y a las regiones.

---

<sup>158</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, p 99. Op. cit.

En consonancia con lo anterior la Agencia Nacional de Minería, emitía la Resolución VSC-592 de 19 de junio de 2013, por medio de la cual declaraba entre otros títulos mineros, al contrato de concesión 3452 de Eco Oro como Proyecto de Interés Nacional.

Encontrándose en curso el procedimiento de delimitación del páramo de Santurbán, el 1º de noviembre de 2013 ciudadanos interesados presentaron derecho de petición ante el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el fin de solicitar que se decretaran y practicaran audiencias públicas reconocidas en el artículo 34 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, que permitieran la participación de todos los sujetos afectados y así mismo que se suministraran los estudios y documentos base para la delimitación del páramo de Santurbán.

Bajo este escenario y luego de múltiples marchas de la comunidad asentada en inmediaciones del páramo, donde expresaban su descontento con el Gobierno por el otorgamiento del título minero y con miras a impedir que se otorgara la licencia ambiental, con la cual se daría definitivamente al titular la posibilidad de llevar a cabo la extracción del oro, y como quiera que se aludía que el Ministerio de Ambiente, desconocía el derecho de petición y que a la vez se había negado a la realización de audiencias públicas alegando una normatividad especial que excluía dichas diligencias; la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, y miembros del Comité por la Defensa del páramo de Santurbán, presentaron acción de tutela, contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. El 11 de diciembre de 2013, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca protegió las garantías vulneradas y ordenó a la entidad accionada que respondiera la postulación referenciada.

Paralelo a esto, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, continuaba con el procedimiento de delimitación del páramo de Santurbán, en observancia de lo ordenado en el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, consecuencia de lo cual, para el 19 de diciembre de 2014, emitía la Resolución 2090 por medio de la cual delimitaba el páramo Jurisdicciones Santurbán – Berlín.

Para el año siguiente se dicta la Ley 1753 de 9 de junio de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 -2018, Todos por un nuevo país”, norma que en su artículo 267 derogaba el artículo 202 del anterior Plan Nacional de Desarrollo Ley 1450 de 2011, pero que a la par establecía en su artículo 173 que en las áreas delimitadas como páramos no se podrían realizar actividades de explotación de recursos naturales no renovables, entre otras, y señalaba en el primer párrafo la posibilidad de continuar las actividades mineras en zonas de páramo, cuando éstas estuvieran amparadas por título minero y licencia ambiental, otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010.

No obstante, como se había anunciado mediante Sentencia C-035 de 8 de febrero de 2016, dichas disposiciones (incisos primero, segundo y tercero del primer párrafo del artículo 173 de la Ley 1753 de 2015), fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, lo que condujo a la imposibilidad de desarrollar actividades mineras dentro de los ecosistemas de páramo, de pleno derecho, a pesar de contarse con los instrumentos minero – ambientales respectivos; lo que convertía en inexecutable los objetos contractuales que hubieren viabilizado actividades de minería en áreas delimitadas como páramos.

Posterior al fallo de constitucionalidad descrito, y como consecuencia de la falta de respuesta ante el derecho de petición que presentaron los ciudadanos interesados en el trámite de delimitación del páramo jurisdicciones Santurbán - Berlín, estos promovieron acción de tutela contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, siendo dicha tutela seleccionada mediante Auto del veinticinco (25) de enero de dos mil dieciséis (2016), y analizada dentro del proceso de revisión de fallos, por la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, dando origen a la Sentencia de tutela T-361 de 30 de mayo de 2017.

En el trámite de fallo de la Sentencia T-361 de 2017, Mark Moseley Williams, representante legal de Eco Oro, acudió a la Corte Constitucional con el fin de informar que una vez notificado del auto de primero de julio de 2016 por medio del cual, la Corte Constitucional había ordenado vincular a las personas que poseían títulos mineros en la jurisdicción del páramo de Santurbán, la empresa había tomado la decisión de notificar por escrito al gobierno de Colombia “su intención de someter una reclamación de arbitraje en relación con las medidas adoptadas por el Estado colombiano que han violado las disposiciones del Capítulo VIII Del Acuerdo de Libre Comercio entre la Republica de Colombia y Canadá del 21 de noviembre de 2008. Medidas que incluían la Resolución 2090 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de diciembre de 2014.”<sup>159</sup>

Lo anterior, por cuanto, a juicio de la compañía, el Tratado impedía que los inversores canadienses llevaran a cabo el procedimiento de solución de controversias ante los tribunales colombianos al mismo tiempo que se seguían reclamos por violaciones al acuerdo.

Ahora bien, el problema jurídico a resolver en la Sentencia T-361 de 30 de mayo de 2017, consistía en determinar si el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible había vulnerado los derechos fundamentales a la participación, el debido proceso, el acceso a la información y de petición de los accionantes y si en consuno el procedimiento de expedición de la Resolución 2090 de 2014 por medio de la cual, este ente ministerial,

---

<sup>159</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 30 de mayo de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos. p 47.

había delimitado el páramo jurisdicciones Santurbán – Berlín, había quebrantado los derechos al consumo de agua potable, a la salud y el ambiente sano de los actores y comunidad beneficiada de los recursos hídricos del páramo de Santurbán.

Al respecto, la Corte concluyó que en efecto el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible había vulnerado el derecho a la participación ambiental de los actores y de los demás miembros de la comunidad del área de influencia del páramo de Santurbán, porque había desconocido varios de los elementos esenciales de ese principio, a saber: el acceso a la información, al no suministrar el proyecto de la Resolución 2090 de 2014 para que los accionantes pudieran conocer y/o intervenir; la participación pública y deliberativa de la comunidad, al omitir realizar una convocatoria amplia y abierta que incluyera a todos los afectados con la delimitación de ese ecosistema, y al no construir espacios de diálogo y deliberación que permitieran a la colectividad intervenir de manera efectiva en dicho proceso.

En consecuencia mediante la Sentencia T-361 de 2017, se concedió el amparo de los derechos a la participación ambiental, acceso a la información pública, debido proceso y derecho de petición, y se dejó sin efecto la Resolución 2090 de 2014, “por medio de la cual se delimita el páramo Jurisdicciones – Santurbán –Berlín, y se adopta otras determinaciones”, proferida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, como quiera que se expidió sin la participación de los tutelantes y de los demás afectados con esa decisión. Dejando la salvedad que, la pérdida de ejecutoria del acto administrativo mencionado entraría a regir en un (1) año contado a partir de la notificación de dicha providencia y ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que, en el término de un (1) año siguiente a la notificación de la providencia, emitiera una nueva resolución para delimitar el páramo en las Jurisdicciones Santurbán – Berlín, acto administrativo que debería expedirse en el marco de un procedimiento previo, amplio, participativo, eficaz y deliberativo.

Mientras tanto, el contrato de concesión minera 3452, desde el día 9 de agosto de 2007 - fecha de su inscripción en el Registro Minero Nacional-, y por ende fecha oficial de inicio de actividades, había iniciado en fase de exploración; fase que había sido prorrogada por solicitud de Eco Oro, hasta el 8 de agosto de 2018, a través de las Resoluciones GTRB No. 0267 de 15 de diciembre de 2010, VSC 002 de 8 de agosto de 2012, modificada mediante Resolución No. VSC 004 de 12 de septiembre de 2012, VSC 727 de 6 de agosto de 2014 y VSC 829 de 2 de agosto de 2016, de la Agencia Nacional de Minería (actual autoridad minera).

Durante la fase de exploración, -la primera de tres fases del contrato de concesión minera, a saber: 1) exploración, 2) construcción y montaje y 3) explotación<sup>160</sup>-, el concesionario

---

<sup>160</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit. vigente y aplicable al contrato de concesión 3452, contempla que el contrato de concesión minera se

minero está obligado a adelantar los trabajos y obras que por métodos de subsuelo, son los necesarios para establecer y determinar la existencia y ubicación del mineral o minerales contratados, la geometría del depósito o depósitos dentro del área de la concesión, en cantidad y calidad económicamente explotables, la viabilidad técnica de extraerlos y el impacto que sobre el medio ambiente y el entorno social puedan causar estos trabajos y obras, con miras a realizar el planeamiento minero que posteriormente permita la explotación económica del mineral.

Dada la magnitud del proyecto minero, el cual mediante Resolución VSC 0204 de 15 de marzo de 2018 de la Agencia Nacional de Minería<sup>161</sup>, ratificaba al contrato 3452 como Proyecto de Interés Nacional, el competente para decidir sobre si se otorgaba a o no la licencia ambiental, era la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, entidad ante la cual Eco Oro había iniciado los trámites tendientes a su consecución, sin -hasta el momento- haber obtenido respuesta favorable.

En consonancia con lo anterior, era obligación de Eco Oro, presentar el programa de trabajos y obras del contrato de concesión 3452, -instrumento técnico de planeamiento minero indispensable para ejecutar las etapas de construcción y montaje y explotación-, a más tardar el 8 de julio de 2018, es decir treinta (30) días antes de vencerse el periodo de exploración, no obstante el 21 de junio de 2018, a través de oficio con radicado 20189040309302, Eco Oro informó a la Agencia Nacional de Minería que “se veía impedida de cumplir con su obligación de presentar un PTO antes del vencimiento establecido en los artículos 84 y 281 del Código de Minas”; solicitando posteriormente plazo para la radicación de dicho instrumento técnico, frente a la cual se le concedió plazo

---

pactará por el término máximo de treinta (30) años contados desde la fecha de su inscripción en el Registro Minero Nacional, (Artículo 70) correspondiendo en principio tres (3) años al periodo de exploración (Artículo 71. Período de exploración. Dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de inscripción del contrato, el concesionario deberá hacer la exploración técnica del área contratada. A solicitud del proponente podrá señalarse en el contrato un período de exploración menor siempre que no implique exonerarlo de las obligaciones mínimas exigidas para esta etapa del contrato), tres (3) años al periodo de construcción y montaje (Artículo 72. Período de construcción y montaje. Terminado definitivamente el período de exploración, se iniciará el período de tres (3) años para la construcción e instalación de la infraestructura y del montaje necesarios para las labores de explotación. [] (Artículo 73. Período de explotación. El período máximo de explotación será el tiempo de la concesión descontando los períodos de exploración, construcción y montaje, con sus prórrogas. Si el concesionario resolviere dar comienzo a la explotación formal y definitiva de los minerales, aunque no estuvieren completas las obras y equipos de infraestructura y montaje, bien sea usando estas instalaciones y obras provisionales, así podrá proceder dando aviso a la autoridad concedente y sin perjuicio de su obligación de tener completas y en uso normal las obras e instalaciones definitivas dentro del plazo correspondiente.).

<sup>161</sup> Mediante Resolución VSC 0204 de 15 de marzo de 2018 de la Agencia Nacional de Minería, se actualiza la declaración de unos títulos mineros como Proyectos de Interés Nacional, entre los que está el contrato 3452 – titular Eco Oro Minerals Corp que en su momento se hiciera mediante la Resolución VSC 592 de 19 de junio de 2013.

hasta el treinta (30) de noviembre de 2018. Para la fecha ya habían transcurrido 11 años de la etapa de exploración –término máximo legal permitido para esta etapa-<sup>162</sup>.

Eco Oro insistía en la necesidad de un tiempo adicional para la presentación del PTO, en vista de la dificultad en la consecución del permiso ante la autoridad ambiental, por lo que el de 23 de noviembre de 2018, solicitó a la Agencia Nacional de Minería un plazo adicional de tres (3) meses para su presentación, contado a partir de la fecha en que el MADS publicara el acto administrativo por medio del cual se delimitara finalmente el páramo Jurisdicciones-Santurban Berlín, en cumplimiento de la Sentencia T-361 de 2017<sup>163</sup>, solicitud que fue negada el 21 de diciembre de 2018 pues en palabras de la Autoridad Minera no existía impedimento técnico o legal que imposibilitara a Eco Oro el cabal cumplimiento de esta obligación.

Así, la existencia del ecosistema de páramo, en el área del título minero, había complicado la consecución de la autorización ambiental para poder explotar el recurso minero, aunado al interés de la comunidad asentada en los territorios donde se ubica el páramo, de impedir que se desarrollara algún tipo de proyecto minero o relacionado, en protección al páramo como tal y a su derecho al agua y al medio ambiente.

Bajo este escenario y sin haber presentado el PTO, Eco Oro, a través de su representante legal suplente presentó renuncia al contrato de concesión 3452, el 1 de abril de 2019, en virtud de lo previsto en el artículo 108 del Código de Minas<sup>164</sup>, frente a lo cual, la Agencia Nacional de Minería, emitió la Resolución VSC – 365 de 13 de mayo de 2019 a través de la cual declaró viable la renuncia, y en consecuencia terminado el contrato.

---

<sup>162</sup> Ley 1450 de 2011 (por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014) Op. cit., Artículo 108. Reservas Mineras Estratégicas. (...) Parágrafo. En todos los contratos de concesión minera podrán solicitarse prórrogas de la etapa de exploración por periodos de dos años cada una, hasta por un término total de once (11) años, para lo cual el concesionario deberá sustentar las razones técnicas y económicas respectivas, el cumplimiento Minero-Ambientales, describir y demostrar los trabajos de exploración ejecutados y los que faltan por realizar especificando su duración, las inversiones a efectuar y demostrar que se encuentra al día en las obligaciones de pago del canon superficiario y que mantiene vigente la póliza Minero-Ambiental.

<sup>163</sup> Mediante el radicado 20189040339562, Eco Oro solicitó que el plazo, que vencía el 30 de noviembre de 2018, se extendiera hasta el 15 de octubre de 2019 (3 meses después del vencimiento del plazo para que el MADS expida la nueva delimitación del páramo de Santurbán)

<sup>164</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículo 108. Renuncia. El concesionario podrá renunciar libremente a la concesión y retirar todos los bienes e instalaciones que hubiere construido o instalado, para la ejecución del contrato y el ejercicio de las servidumbres. Se exceptúan los bienes e instalaciones destinadas a conservar o manejar adecuadamente los frentes de explotación y al ejercicio de las servidumbres y a las obras de prevención, mitigación, corrección, compensación, manejo y sustitución ambiental. Para la viabilidad de la renuncia será requisito estar a paz y salvo con las obligaciones exigibles al tiempo de solicitarla. La autoridad minera dispondrá de un término de treinta (30) días para pronunciarse sobre la renuncia planteada por el concesionario, término que al vencerse dará lugar al silencio administrativo positivo. De la renuncia se dará aviso a la autoridad ambiental.

Decide entonces Eco Oro de conformidad con el artículo 36 de la Convención sobre la solución de controversias de inversión entre Estados y nacionales de otros Estados (el Convenio del CIADI), presentar solicitud de arbitraje, con base en lo previsto en el artículo 819 del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá firmado el 21 de noviembre de 2008 y que entró en vigor el 15 de agosto de 2011.

Eco Oro, fundamentó su reclamo en las medidas de Colombia que -según su dicho- han destruido el valor de sus inversiones en el sector minero colombiano, y que lo privaron de los derechos que se le habían otorgado bajo el contrato de concesión 3452, y que incluyen -entre otros- el derecho exclusivo de explorar y explotar recursos minerales en la totalidad del área de la concesión y el derecho a un marco legal minero estabilizado, esto es la aplicación de leyes posteriores al perfeccionamiento del contrato solo en la medida que fueran favorables a la inversión.

En la solicitud de reclamo internacional, Eco Oro aduce que (i) Eco Oro es un inversor canadiense con inversiones en Colombia que es protegido por el Tratado y que (ii) tiene derecho a iniciar el procedimiento de arbitraje porque tanto ellos como Colombia han consentido el arbitraje del CIADI habiéndose cumplido todas las condiciones para acceder a el, esto a efecto de demostrar que i) Colombia ha tomado medidas que interfieren con las inversiones de Eco Oro y, en última instancia, privó a Eco Oro del rendimiento de sus inversiones sin pagar compensación, y que ii) Las medidas de Colombia han violado sus obligaciones bajo el Tratado y el derecho internacional.

Conforme a estos antecedentes, que representaron para Eco Oro dificultad en la consecución de los instrumentos minero y ambientales, que permitieran la explotación del recurso minero, y dada la inejecutabilidad de actividades en ecosistemas de páramo, y en trámite el arbitraje internacional de inversión extranjera ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones-CIADI-, corresponde a este Tribunal decidir si las medidas que impactaron la inversión de Eco Oro son o no compensables.

### **3.2. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA**

#### **LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO COMO CONSECUENCIA DE LOS CAMBIOS NORMATIVOS Y LAS INTERPRETACIONES CONSTITUCIONALES**

El capítulo primero del presente trabajo dio cuenta de los instrumentos utilizados por el derecho internacional de inversión, para lograr su fin, el cual es atraer la inversión

extranjera, ofreciendo estabilidad y seguridad jurídica, en pro de un objetivo de desarrollo económico.

El capítulo segundo, mostró la evolución normativa en materia ambiental, en conjunto con los pronunciamientos jurisprudenciales que le han dado alcance, haciendo énfasis en la protección a los ecosistemas de páramo.

Así, desde las aristas propuestas en los 2 capítulos precedentes, se realizará un análisis del caso señalado, a efecto de determinar si de los hechos descritos y de la actuación del Estado colombiano, se logra configurar responsabilidad internacional como consecuencia de los cambios normativos y las interpretaciones constitucionales en materia ambiental.

El problema jurídico a resolver es, si cabe aludir responsabilidad internacional del Estado colombiano por las medidas adoptadas en materia ambiental (de protección a los páramos), que impidieron a Eco Oro ejecutar de manera plena su inversión, para lo cual se analizará si puede considerarse como incumplimiento del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá -y de los estándares de trato en el incluidos- y configurarse una expropiación indirecta, por parte de Colombia, que Eco Oro no pudiera adelantar la explotación minera bajo el contrato de concesión 3452, dadas las regulaciones administrativas y pronunciamientos jurisprudenciales, que imposibilitaron el desarrollo de actividades mineras en páramos.

Para dar respuesta se tendrán en cuenta los siguientes aspectos:

### 3.2.1. La esencia del contrato de concesión minera

Bajo la ley minera, el contrato de concesión se otorga, previendo el desarrollo de la fase de exploración sujeta al cumplimiento de las guías minero-ambientales<sup>165</sup>, mientras que para las fases de construcción y montaje y explotación se condiciona su ejecución a la acreditación de licencia ambiental. Esto por cuanto, como se refirió en el capítulo sobre normativa ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo 198 del Código de Minas, los medios e instrumentos de manejo y control ambiental para el desarrollo de las actividades mineras son las señaladas en la normativa ambiental.

Conforme a esta disposición, podemos ver –como se había señalado precedentemente–, que el mismo Código de Minas, armoniza la actividad minera con los postulados ambientales, remitiendo a la normativa ambiental a efecto de determinar cuáles son “los

---

<sup>165</sup> En virtud de lo dispuesto por los artículos 199 y 278 del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, los Ministerios de Minas y Energía y de Medio Ambiente (hoy Ambiente y Desarrollo Sostenible), emitieron la Resolución 18-0861 de 2002, a través de la cual, se adoptó –entre otras- la Guía Minero Ambiental de exploración, constituyéndose como un instrumento de consulta obligatoria y orientación de carácter conceptual, metodológico y procedimental, para los titulares mineros.

*medios e instrumentos para establecer y vigilar las labores mineras por el aspecto ambiental*”, de manera que, si bien se otorga el contrato de concesión minera, el desarrollo de las labores de explotación están condicionadas a la acreditación del instrumento ambiental correspondiente, de modo tal que, el desarrollar actividades de explotación, sin la acreditación del instrumento ambiental, da lugar a iniciar un procedimiento de caducidad del contrato minero<sup>166</sup>.

Así pues, el incumplimiento a las disposiciones de orden ambiental en la ejecución de trabajos y obras mineros, así como la violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería; dan lugar a la caducidad del título minero, así mismo por esta última causa al tenor de lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Minas, procede el desalojo y retiro inmediato de las obras y labores del concesionario, sin pago, compensación o indemnización y sin perjuicio de las actuaciones que inicien las autoridades correspondientes, según el caso.

De otro lado, el contrato minero se caracteriza porque siendo oneroso puede ser aleatorio, esto significa que si bien tiene como “objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro”<sup>167</sup>, lo que significa que dicho contrato reporta beneficios o utilidades a ambas partes, en cuanto para el Estado, a partir de su celebración se generan las denominadas contraprestaciones económicas por la explotación de los recursos naturales no renovables, vgr las regalías y el canon superficiario<sup>168</sup>, mientras que para el concesionario, los beneficios del contrato son los de disponer libremente del producido de los minerales explotados en cuanto a su enajenación y comercialización; en ocasiones puede resultar aleatorio para el concesionario, como en la eventualidad que en el área otorgada en concesión no se logre encontrar minerales que explotar, circunstancia que en

---

<sup>166</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículo 112. Caducidad. El contrato podrá terminarse por la declaración de su caducidad, exclusivamente por las siguientes causas:

(...)

c) La no realización de los trabajos y obras dentro de los términos establecidos en este Código o su suspensión no autorizada por más de seis (6) meses continuos;

(...)

g) El incumplimiento grave y reiterado de las regulaciones de orden técnico sobre la exploración y explotación mineras, de higiene, seguridad y laborales, o la revocación de las autorizaciones ambientales necesarias para sus trabajos y obras;

h) La violación de las normas sobre zonas excluidas y restringidas para la minería;

i) El incumplimiento grave y reiterado de cualquiera otra de las obligaciones derivadas del contrato de concesión;

<sup>167</sup> República de Colombia. Ley 84 de 1873 (Por el cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia) Artículo 1497. <Contrato Gratuito y Oneroso>. El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

<sup>168</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículos 227 y 230

todo caso, no le cambia el carácter de oneroso al contrato de concesión minera, pues cuando el concesionario se adhiere a este a su vez adquiere una contingencia incierta de pérdida o de ganancia y para el caso de que definitivamente en el área contratada con el Estado, el concesionario no halle minerales para explotar o no los halle en la cantidad y calidad esperada, ello no le da derecho a reclamarle a la autoridad minera ningún tipo de pago, reembolso o perjuicio.

Muestra de esto, es la disposición contenida en el artículo 56 del Código de Minas -Ley 685 de 2001<sup>169</sup>-, que establece que el Estado no adquiere por virtud del contrato de concesión obligación de saneamiento, mandato normativo que es reproducido en todos los contratos de concesión que suscribe la autoridad minera y el concesionario, siendo esta disposición de pleno conocimiento de las partes.

En suma, es de la esencia del contrato de concesión minera, que siendo oneroso puede resultar aleatorio, en la medida que su otorgamiento no le garantiza al concesionario per se, la posibilidad de explotación del recurso minero, pues estando la misma norma minera integrada con la ambiental, aquella dispone que para adelantar la construcción y montaje y la explotación, se requiere la acreditación de licencia ambiental, permiso que correspondiendo tramitar ante autoridad diferente y estando sujeta a una serie de verificaciones y condiciones puede no ser otorgada, y sin tal no es posible continuar con las precitadas fases del contrato, en el mismo sentido el otorgamiento del contrato no garantiza al concesionario el encontrar los minerales en las cantidades y calidades esperadas.

Frente a lo anterior, es factible señalar que la empresa no se hubiera encontrado en las dificultades que se encontró frente a la consecución del permiso ambiental si el área donde pretendía la explotación no fuera un área declarada como páramo, por lo que la normativa y pronunciamientos jurisprudenciales que llevaron a la definitiva prohibición de actividades en dichos ecosistemas en todo caso representó una limitante que generó un perjuicio general para los titulares mineros con proyectos en esta zona, al margen de la connotación aleatoria de este tipo de contrato

### 3.2.2. La estabilidad normativa y el efecto de la disposición de la Ley 685 de 2001, sobre las zonas excluidas de la minería.

---

<sup>169</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículo 56. Saneamiento. El Estado no adquiere por virtud del contrato de concesión obligación de saneamiento. En consecuencia, el concesionario no podrá reclamar pago, reembolso o perjuicio alguno por no encontrar en el área contratada los minerales a explotar, en cantidad o calidad que los haga comercialmente aprovechables o haber sido privado de su derecho a explorar o explotar. Tan solo será responsable en el caso en que terceros, con base en títulos mineros inscritos en el Registro Minero con anterioridad a la celebración del contrato, lo priven de toda o parte del área contratada.

Refirió el inversionista en su reclamo ante el CIADI, que para el momento de otorgamiento del contrato de concesión minera, no existía prohibición de actividades mineras en ecosistemas de páramos, y que en consecuencia las leyes que regularon el tipo y modo de actividades permitidas en tales desde el 2010, en conjunto con el pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-035 de 2016, son una muestra de ausencia de estabilidad jurídica normativa de parte de Colombia, en perjuicio de su inversión y aduce ello como vulneración a los estándares de trato contenidos en el Tratado que rige ambos países.

Frente a tal señalamiento, se advierte:

1. Es cierto que, para el momento de otorgamiento del contrato de concesión 3452, no existía una prohibición taxativa de actividades mineras en páramos, y que la protección a estos ecosistemas en Colombia se ha dado tras una serie de regulaciones normativas y pronunciamientos jurisprudenciales, desde el año 2010 señalados en el capítulo 2.
2. No obstante respecto a la afirmación relativa a que, lo anterior equivale a una falta de estabilidad jurídica, en la medida que no resultó ‘transparente’ para el inversionista las normas que lo regían, corresponde acotar lo siguiente:

La Ley 685 de 2001, norma minera que regía el contrato de concesión en comento, contiene en sus artículos 34, 35 y 36, las disposiciones relativas a las zonas excluidas y restringidas de la minera y sus efectos.

Dichas disposiciones fueron sometidas a control de constitucionalidad, por lo que su interpretación y aplicación debe darse a la luz de lo que la Corte Constitucional, ha dispuesto sobre ellas a través de la Sentencia C-339 de 2002.

En dicha Sentencia, la Corte fue clara en señalar que las zonas de exclusión de la actividad minera no se limitaban de manera exclusiva ni taxativa a las indicadas en el artículo 34 del Código de Minas -Ley 685 de 2001-, a saber: los parques nacionales naturales, los parques naturales de carácter regional y a las zonas de reserva forestal, sino que pueden existir otras declaradas con anterioridad o *que se declaren en el futuro por la autoridad ambiental*.

Tal entendimiento por virtud de los efectos del control de constitucionalidad de las normas, forma parte del Código de Minas, vigente al momento de perfeccionamiento del título minero, pronunciamiento que, en todo caso, fue anterior al otorgamiento del contrato.

En esta medida, la ley vigente aplicable al contrato es clara en señalar que son zonas excluidas de la minería no solo las que así fueron declaradas al momento de suscripción del contrato minero, sino otras que se declaren con posterioridad.

De manera, que el inversor, como titular minero bajo su debida diligencia, debía tener conocimiento de esta disposición y sus alcances.

Ahora bien, resulta incierto saber que zonas o ecosistemas en el futuro pueden llegar a ser catalogadas como zonas excluibles de la minería, y en este sentido, se entiende que para el inversor extranjero resulte inconsistente que para 2007 fecha de suscripción del contrato minero, el área donde pretendía llevar a cabo su proyecto minero estuviere libre de limitantes ambientales que impidieran su explotación, y a partir del año 2010, se emitieran una serie de normativas y fallos tendientes a impedir actividades como las mineras en la misma área.

De esta manera y aun siendo consientes de la forma como de acuerdo con la normativa nacional debe interpretarse una norma que ha sido objeto de control de constitucionalidad, ello no deja de lado que para un inversor extranjero protegido por un acuerdo internacional con quien se acordó estabilidad, del control de constitucionalidad emerja un riesgo de inestabilidad jurídica, en perjuicio de su inversión.

### 3.2.3. De los estándares previstos en el TLC

Siendo los acuerdos internacionales los instrumentos por virtud de los cuales se ejecuta tanto la promoción como la protección de la inversión extranjera, y conteniendo ellos las disposiciones que rigen la relación de las partes, se pasa a verificar si los estándares contenidos en el TLC celebrado entre Colombia y Canadá, pueden considerarse violados o desconocidos, con ocasión de la regulación ambiental y la particular prohibición de adelantar actividades mineras en páramos:

#### Trato justo y equitativo

En la medida en que la doctrina considera que se da una violación a este estándar cuando el Estado receptor de la inversión despliega conductas “inconsistentes, no transparente e impredecibles”<sup>170</sup>, en perjuicio del inversor, se precisa lo siguiente:

Si bien el recuento de la evolución normativa y los pronunciamientos jurisprudenciales, relacionados con la protección de los ecosistemas de páramo, mostró que la prohibición actual de actividades mineras en ellos no ha existido siempre; y que la misma se vino a

---

<sup>170</sup> BERNAL PÉREZ. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. Op. Cit., p. 251.

materializar de manera definitiva con la Sentencia C-035 de 2016, tomando la fecha de emisión de esta sentencia, como el momento cierto de la prohibición, no puede dejarse de advertir lo siguiente:

El inversor extranjero, en su rol de concesionario minero tiene a cargo una debida diligencia, que lo obliga entre otras cosas a conocer las normas y contingencias del negocio. Por virtud de tal, está en la obligación de conocer que la Ley 685 de 2001, que rige su contrato, establece unas zonas excluidas y restringidas de la minería y que en el año 2002, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-339, al examinar la constitucionalidad de los artículos 34, 35 y 36, dispuso entre otras cosas, que podían ser zonas excluidas de la minería no solo las declaradas como tal en ese momento, sino otras adicionales que pudieran ser declaradas en el futuro.

De esta manera era de conocimiento del titular minero *o debía serlo*, el hecho de que en el futuro, el área donde pretendía adelantar la explotación minera, podía llegar a ser declarada como zona excluible de la minería, pues tal previsión se contiene en el Código de Minas bajo la interpretación de la Corte Constitucional, habiendo aceptado la misma empresa en su reclamo ante el CIADI que, el área donde se pretendía realizar la explotación minera era un ecosistema de páramo aun cuando este no había sido declarado como tal.

No obstante ello no hace desaparecer la inconsistencia que representa que para la fecha de suscripción del contrato el área en cuestión no fuera un área excluible de la minería y que con la emisión de las leyes 1382 de 2010, 1450 de 2011 y 1753 de 2015 y finalmente con la Sentencia C-035 de 2016, se prohibieran de tajo las actividades mineras en ecosistemas de páramo, siendo posible para el inversor aludir no tener un conocimiento fundado, de la prohibición que le iba a generar la privación del goce de su inversión.

#### Trato de la nación mas favorecida y trato nacional

En relación con los estándares de trato de la nación mas favorecida y trato nacional, cuyos fines son los de equiparar el trato que el Estado receptor le brinda al inversionista extranjero en comparación con el brindado a otro inversionista en similares condiciones o a otro nacional, es importante recordar que, el contrato de concesión minera reglado por el Código de Minas -Ley 685 de 2001-, como lo era el contrato 3452 de la empresa Eco Oro, es un contrato de adhesión<sup>171</sup> lo que implica que no hay una negociación de los

---

<sup>171</sup> Ley 685 de 2001 (por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones) Op. cit., Artículo 49. Contrato de adhesión. La concesión minera es un contrato de adhesión en cuanto que, para celebrarse, no da lugar a prenegociar sus términos, condiciones y modalidades, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 31, 248 y 355 del presente Código.

términos en los cuales se llevará a cabo, pues, se ajusta al modelo de minuta manejada por la autoridad minera, la cual es igual para todos los casos.

En consecuencia, las reglas de ejecución del contrato son uniformes, pues las condiciones son impuestas por la autoridad minera y el contratista concesionario se adhiere a ellas, no pudiéndose negociar las cláusulas contractuales.

En términos del otorgamiento del contrato y las reglas que lo regulan, al tratarse de un contrato de adhesión, no es dable alegar un trato menos favorable que el dado a otros inversionistas extranjeros o a nacionales, cuyos contratos son también regidos por esta norma.

Reiterando que, en los contratos de concesión minera, la administración como autoridad minera es la que impone las condiciones de la futura concesión y el contratista o concesionario se adhiere a ellas, no pudiendo negociar este último las cláusulas contractuales.

Ahora bien, respecto al pronunciamiento de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-035 de 2016, ha de señalarse que en el marco de una sentencia de constitucionalidad la cual tiene efectos erga omnes<sup>172</sup>, sus consecuencias irradian a todos los posibles destinatarios. En consecuencia, los efectos de la sentencia o en otras palabras la prohibición de adelantar actividades mineras en páramos es general para todo minero, sea este persona natural o jurídica, nacional o extranjero y éste o no cobijado por algún tipo de acuerdo o tratado internacional. No obstante, lo que si resulta diferente son las posibilidades, con las que cuentan los nacionales frente a los extranjeros, cuando estos últimos se encuentran cobijados por un acuerdo internacional que les permite entablar reclamos en el ámbito internacional aludiendo compromisos y estándares previamente pactados.

---

de 1970. Gaceta Judicial Tomo CXXXVI de octubre, noviembre y diciembre de 1970 – Nos. 2334, 2335 y 2336. Págs. 183 – 192. Magistrado Ponente: Guillermo Ospina Fernández: “Ciertamente es que si el contrato implica necesariamente el concurso de las voluntades de las partes, parecería lógica la exigencia de que su celebración debiera realizarse siempre previa discusión entre éstas de todas y cada una de las cláusulas que lo integren, en forma tal que dichas cláusulas fueren elaboradas conjuntamente por todos los contratantes. Sin embargo, en el comercio moderno es frecuente el caso de que dos personas lleguen a encontrarse vinculadas por un contrato, sin que con anterioridad se haya desarrollado ese proceso preliminar de discusión sobre las cláusulas y condiciones del mismo. (...) Esta nueva forma de contratación, impuesta por la complejidad comercial y económica, ha dado lugar a la distinción entre los contratos preestipulados y los contratos por adhesión, llamados así estos últimos, por cuanto uno de los contratantes se limita a prestar su adhesión a las condiciones impuestas por el otro.

<sup>172</sup> República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional-Efecto erga omnes de las decisiones. La Corte Constitucional, en lo que hace a las normas sometidas a su examen, define, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional, su exequibilidad o inexecuibilidad, total o parcial, con efectos erga omnes y con carácter obligatorio general, oponible a todas las personas y a las autoridades públicas, sin excepción alguna.

De igual manera, el otorgamiento del contrato de concesión no implica per se, la garantía de ejecutar la etapa de explotación, pues en armonía con los principios constitucionales y ambientales que rigen el ordenamiento jurídico colombiano, para el efecto se requiere acreditar licencia ambiental, y en general cumplir con los presupuestos ambientales que así lo permitan.

Si en gracia de discusión, no se hubiera emitido la Sentencia C-035 de 2016, y siguiera rigiendo la Ley 1753 de 2015 con su régimen de transición, en todo caso ello no sería mas favorable a Eco Oro, pues si bien tenía título minero no acreditaba para dicha fecha licencia ambiental.

Y si también en gracia de discusión, no se hubiera proferido ni la Sentencia C-035 de 2016, ni la Ley 1753 de 2015, y como tal no existiera taxativamente la prohibición de adelantar actividades mineras en páramos, ello tampoco sería garantía de que la autoridad ambiental competente le otorgara a Eco Oro la licencia ambiental, pues bajo los estudios técnicos y verificaciones pertinentes, así como bajo la aplicación de principios ambientales como el de precaución ambiental (en virtud del cual, en caso de presentarse una falta de certeza científica absoluta frente a los impactos que puede generar la exploración o explotación minera en una zona determinada; la decisión debe inclinarse necesariamente hacia la protección de medio ambiente, pues si se adelanta la actividad minera y luego se demuestra que ocasionaba una grave daño ambiental, sería imposible revertir sus consecuencias), muy seguramente se habría podido negar tal instrumento, tomando en cuenta que aun sin declaratoria, el páramo como ecosistema existe en tal área, y en igual sentido, considerarse truncada la inversión. No obstante estos supuestos, en la realidad lo que ocurrió fue la expedición de una serie de normas y de fallos que dieron lugar a la imposibilidad de ejecutar actividades mineras en páramos, y en consecuencia la inejecutabilidad del proyecto minero de Eco Oro.

En este sentido, si bien podría ser argumento de defensa para Colombia, el hecho de que aun cuando la prohibición de actividades mineras en páramos, puede no resultar consistente, en términos de la existencia taxativa previa al otorgamiento del contrato de tal prohibición, i) el ordenamiento jurídico colombiano, desde la Constitución de 1991, prevé la acción de inconstitucionalidad, como forma de control por virtud de la cual a partir de la solicitud de cualquier ciudadano se puede realizar un análisis de las normas a efecto de verificar que se encuentren ajustadas y acompasadas a la Constitución, hecho que si bien en el ámbito nacional no es considerado como contradictorio a la estabilidad jurídica, bajo el entendido que en una sociedad en constante cambio, su máximo tribunal constitucional, esta en el deber de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas, en un escenario internacional y bajo los postulados del derecho internacional de las inversiones, no puede aseverarse tal, así también el hecho de que ii) desde el año 2002, con la Sentencia C-339, la Corte se hubiere pronunciado sobre la constitucionalidad de las disposiciones contenidas en los artículos 34, 35 y 36 del Código de Minas, y que

implicaba la posibilidad de que las zonas excluidas de la minería fueran además de las consagradas en el Código de Minas, otras declaradas con posterioridad, puede no resultar consistente para un inversor extranjero cobijado por una garantía de seguridad jurídica.

No obstante lo anterior, la existencia de un tratado de libre comercio con capítulo de inversión cuyo interés primario de atraer inversión extranjera, esta atado al nivel de protección que se arguye otorgar y que representa para los inversores extranjeros la posibilidad de acudir -como en este caso- al CIADI, al considerar truncada la expectativa legítima de inversión, lo que implica hacer un análisis del caso no solo desde la normativa nacional sino desde las implicaciones de lo acordado en el marco internacional.

- Expropiación

En consuno con la inobservancia al trato justo y equitativo, es fundamento central de la reclamación de Eco Oro, que las actuaciones del Estado colombiano, que terminaron en la prohibición de adelantar actividades mineras en zonas de páramo, implicó que las expectativas que tenía el inversionista sobre su inversión resultaran frustradas a causa de una intervención por parte del Estado.

Así para arrojar una conclusión, sobre si puede encontrarse vulnerado el acuerdo referente a expropiación, contenido en el TLC entre Colombia y Canadá, es además de pertinente, necesario, recurrir, a los antecedentes que en la materia se encuentran.

Para el efecto, en el capítulo 1.3, se hizo referencia a algunos casos ya fallados por tribunales internacionales, donde los reclamantes aludieron expropiación indirecta del Estado receptor frente a su inversión.

De esta manera, habiendo enunciado a grosso modo algunos antecedentes en los que se alegó expropiación indirecta fundamentada en desconocimiento de acuerdos internacionales, y que pueden dar luces, frente a lo que llegue a decidir el CIADI en el caso concreto, se pasa a analizar lo correspondiente.

Del caso Antoine Goetz vs. Burundi, llama la atención la forma de medir la expropiación indirecta ante la existencia de un grado sustancial de interferencia por parte del Estado, que impidió proseguir con la inversión, y donde no se tuvo en cuenta las motivaciones del Estado respecto de las actuaciones que desplegó y que representaron la interferencia.

Del caso METALCLAD, se resalta el carácter pro inversor del laudo, como quiera que representa una amplia protección al inversionista; al considerar que “no se necesita determinar ni considerar la motivación ni las intenciones de la adopción del Decreto Ecológico”; siendo suficiente para el Tribunal -como en el caso anterior-, la existencia de

la interferencia sustancial, que terminó privando al inversor de su inversión, mas allá de las motivaciones<sup>173</sup>.

De igual manera se resalta que el tribunal de arbitramento que resolvió el caso METALCLAD expresó que aunque la expropiación se diera por propósitos medioambientales, siempre debía pagarse una indemnización<sup>174</sup>.

No obstante, en el caso S.D. MYERS; el Tribunal estimó que “la conducta reglamentaria de las autoridades tiene pocas probabilidades de ser objeto de una demanda legítima al amparo del Art. 1110 del TLCAN”, a partir de lo cual se estima la particularidad que en cada caso se genera a partir de la redacción de los acuerdos suscritos.

En este caso donde si bien se consideró que no había expropiación, pero sí que se habían vulnerado los estándares de trato nacional y el nivel mínimo de trato, lo que dio lugar a tasar una indemnización, se ha criticado que el tribunal no haya tomado en cuenta las obligaciones que tenía Canadá internacionalmente derivadas de la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos. Lo que da pie a entender como en el caso METALCLAD, que los tribunales no tienen en cuenta los compromisos que en materia medio ambiental asumen los Estados<sup>175</sup>.

Mientras que en el caso TECMED, pareciera que se hace una ponderación de intereses por proteger; sopesando las motivaciones de los gobiernos para desplegar una determinada actuación y los efectos que de ello se deriven sobre el inversionista, indicándose en el laudo que ante la existencia de medidas irreversibles y permanentes, la intención del gobierno con tales es menos importante que los efectos perjudiciales que ello llegue a generar al inversor.

---

<sup>173</sup> REY VALLEJO. Op Cit. “De nuevo surgieron muchas preocupaciones porque el alcance de la noción de expropiación adoptada afectaba considerablemente los poderes regulatorios de los estados en este ámbito particular. Lo anterior, aunado a que el gobierno municipal y los ciudadanos directamente afectados por las obras nunca fueron escuchados en el procedimiento, puso en tela de juicio la decisión y deslegitimó la figura frente un amplio margen de la opinión pública.

<sup>174</sup> BAQUERO y MENA. Op. Cit. “Ésta posición pertenece a la llamada doctrina del “*Solo Efecto*” la cual se preocupa por el efecto que la expropiación ocasiona en los intereses del inversionista, sin mirar la finalidad que tenía la medida administrativa; por eso según esta doctrina, siempre que haya perjuicio tendrá que haber igualmente indemnización”.

<sup>175</sup> REY VALLEJO. Op. Cit. “La particularidad de este caso, para efectos del tema que nos concierne, radica en que el tribunal no tomó en cuenta, si quiera de manera sumaria, las obligaciones internacionales que Canadá asumió a la luz de la *Convención de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación*, lo que deja dudas sobre la importancia del respeto a los compromisos internacionales que, en materia de medioambiente, asumen los estados.”

Así, si bien no puede aducirse una posición uniforme del CIADI<sup>176</sup>, tomando en cuenta además que cada caso reviste unas circunstancias particulares especiales, por lo que de un caso a otro pueden existir marcadas diferencias<sup>177</sup>, aun cuando se trate del mismo país o el mismo tratado, si es dable colegir de un lado: que independientemente al estamento del Estado que despliegue la conducta de la que se predica posible expropiación lo que interesa es que se advierta una interferencia sustancial que impida al inversor llevar a cabo la inversión y de otro que la motivación del Estado para desarrollar tal conducta resulta irrelevante si el resultado representa inobservancia a lo acordado y a las protecciones que bajo un acuerdo internacional se supone cobijan al inversor.

En este sentido, se reconoce que existen razones de peso para considerar que a la luz del capítulo de inversión del TLC celebrado entre Colombia y Canadá, la prohibición de actividades mineras en páramos representó una expropiación indirecta, bajo el entendido que el Estado desplegó una actuación que si bien no estuvo directamente dirigida a afectar los derechos del inversionista en particular, si lo termina impactando desfavorablemente como resultado de un efecto colateral que le genera consecuencias adversas<sup>178</sup>.

---

<sup>176</sup> BAQUERO y MENA. Op. Cit.

No es posible afirmar que exista una línea uniforme que sigan los tribunales para decidir los casos respectivos a expropiación indirecta, [mas] si se puede decir que hay unos que asumen un concepto restringido de la misma, y que de esta manera favorecen a los Estados, y otros que por el contrario se acogen a una definición más amplia de E.I. lo que beneficia a los inversionistas, tal como ocurrió en el caso *Metalclad*.

No obstante, también hay laudos del CIADI que han expresado cuáles actos no constituyen expropiación indirecta y consecuentemente no generan la obligación de indemnizar para el Estado receptor de la inversión. Tal es el caso de cuando debido al mal desempeño del Estado anfitrión para enfrentar una crisis económica se ve afectado el inversionista; tal fue el caso Middle East en el que el tribunal dijo que para que pudiera aceptarse que había habido expropiación tendría que haber una medida cuyos efectos fueran equivalentes a la misma. Además dijo que no se cubren las pérdidas sufridas por el inversionista a causa de los riesgos comerciales. Caso Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A V República Árabe de Egipto. Laudo ARB/99/6 del CIADI. 12 de Abril de 2002. Laudo disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

El CIADI ha entendido que tampoco hay expropiación cuando la misma se da como consecuencia de una acción de la población, pues se requiere que el acto sea del Estado para que pueda hablarse de expropiación. Lo mismo ocurre con el incumplimiento contractual, que por sí solo no determina que haya expropiación indirecta. En el caso Waste Management el tribunal dijo que “el solo incumplimiento de una obligación contractual no puede ser equiparado a una confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado de otros elementos) es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales”. Tomado de el caso ARB(AF)/00/3 del 30 de Abril de 2004. Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.

<sup>177</sup> “Por lo general las decisiones de los tribunales no siempre siguen la misma línea, y la decisión depende de cada caso concreto. Así lo confirma Allen S. Weiner, quien sostiene que la jurisprudencia sobre expropiación indirecta y la práctica de los Estados revelan tensiones entre las tendencias doctrinarias, unas de ellas a favor de los dueños de la propiedad y otras a favor de la autoridad regulatoria de los Estados.” WEINER, Allen. Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes” Forum du droit International, Vol. 5, No 3, 2003, p. 169. Citado por BAQUERO MONTTOYA. Op. Cit.

<sup>178</sup> DOLZER. Op. Cit.

De manera que, atendiendo a los antecedentes esbozados en casos análogos, se considera factible que el Tribunal, pueda encontrar que en efecto, la actuación de Colombia representó una expropiación indirecta, en el entendido que resultaron frustradas las expectativas legítimas del inversionista, por el actuar del Estado, sin entrar a dilucidar si la actuación de Colombia fue motivada por el interés público relativo a la protección ambiental.

En este punto, ya resulta dable afirmar, que bajo el análisis de la evolución normativa y jurisprudencial en materia ambiental, no se discute, que la actuación que terminó por prohibir las actividades mineras en páramos resultara necesaria y legítima desde el punto de vista de los bienes jurídicos objetos de protección y el fin general de bienestar pretendido, no obstante bajo lo que se ha entendido por la literatura especializada como medidas equivalentes a expropiación indirecta y teniendo en cuenta el fundamento de algunos fallos relacionados, ello no tiene el alcance de desvirtuar, lo que se ha entendido por expropiación indirecta o medidas equivalentes.

En todo caso es pertinente acotar que la forma como se ha venido concibiendo la expropiación indirecta representa un desafío y un riesgo para los Estados receptores de inversiones, si se toma en cuenta que a nivel internacional no puede predicarse la existencia de un criterio unificado respecto a los alcances de este concepto, lo que incrementa la problemática cuando se alude a tal en los reclamos internacionales.

#### 3.2.4. De los acuerdos en materia ambiental entre Canadá y Colombia

Sin perjuicio de la conclusión precedente, es pertinente enunciar que en el preámbulo del TLC, Canadá y Colombia, acordaron además de “Promover la integración económica hemisférica”, “Establecer reglas claras y mutuamente ventajosas que gobiernen su comercio” y “Asegurar un esquema comercial predecible para la planeación de negocios e inversiones”<sup>179</sup>; “Asumir todo lo anterior de una manera compatible con la protección y conservación ambiental”, “Mejorar y aplicar leyes y regulaciones ambientales, y a fortalecer la cooperación en asuntos ambientales” y “Promover el desarrollo sostenible”<sup>180</sup>, y en este sentido, dentro del capítulo 8 de inversión, en el artículo 815<sup>181</sup>

---

<sup>179</sup> Tratado de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia. Op. cit., Preámbulo. p. 1.

<sup>180</sup> *Ibíd* p. 2

<sup>181</sup> *Ibíd*. Artículo 815: Medidas sobre Salud, Seguridad y Medio Ambiente: Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la disminución de sus estándares en mediadas nacionales de salud, seguridad o medioambientales. En consecuencia, una Parte no deberá dejar de aplicar o de otra manera dejar sin efecto tales mediadas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención en su territorio de una inversión de un inversionista. Si una Parte considera que la otra Parte ha ofrecido este tipo de incentivos, podrá solicitar consultas con la

se prevé, que no por el hecho de fomentar la inversión, se podrán disminuir los estándares en mediadas nacionales de salud, seguridad o medioambientales. Y a su vez que las Partes no deberán dejar de aplicar o dejar sin efecto tales medidas como una forma de incentivar la inversión.

Aunado a lo anterior, el TLC consagra en su capítulo 17 lo relativo a medio ambiente<sup>182</sup>, donde se acordó de un lado que, las Partes reconocen tener derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente, y que por tanto están obligadas a hacer cumplir su legislación nacional, así como sus obligaciones internacionales a este respecto, y que por tanto la implementación del tratado debe ser compatible con la protección y conservación ambiental y el uso sostenible de sus recursos, y de otro lado que no se podrá estimular la inversión mediante la disminución de los niveles de protección ambiental.

En desarrollo de lo anterior, acordaron también los países, establecer sus obligaciones mutuas en un Acuerdo sobre Medio Ambiente, por lo que a través de la Ley 1360 de 27 de noviembre de 2009, se aprobó el “Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, que establece en su artículo segundo sobre disposiciones generales:

#### Artículo 2: Disposiciones Generales

1. Reconociendo el derecho soberano de cada una de las Partes de establecer sus propios niveles de protección ambiental nacional y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, al igual que de adoptar o modificar consiguientemente sus leyes y políticas ambientales, cada Parte se asegurará de que sus leyes y políticas ambientales establezcan altos niveles de protección ambiental y se esforzará por seguir desarrollando y mejorando esas leyes y políticas.

De manera que tanto el Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia, como el propio TLC, reconociendo la importancia de salvaguardar los recursos naturales y el medio ambiente, son claros, en establecer de un lado que, por el hecho de

---

otra Parte. Las Partes harán todo intento de ocuparse del asunto a través de consultas e intercambio de información.

<sup>182</sup> *Ibíd.* Artículo 1701: Afirmaciones:

1. Las Partes reconocen tener derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales, de conformidad con su legislación nacional, así como sus obligaciones internacionales, de conformidad con los acuerdos multilaterales ambientales de los cuales sean parte.

2. Las Partes reconocen el apoyo mutuo entre políticas comerciales y ambientales y la necesidad de implementar este acuerdo de una forma compatible con la protección y conservación ambiental y el uso sostenible de sus recursos.

Artículo 170; No Derogación:

Ninguna parte estimulará el comercio o la inversión a través del debilitamiento o reducción de los niveles de protección contemplados en sus respectivas legislaciones ambientales.

las inversiones u operaciones de comercio, no se puede desconocer las prerrogativas de cada país de proteger tales y de otro lado, el deber del otro país en aceptar y someterse a tal protección.

No obstante lo anterior, y aun bajo la existencia del compromiso de establecer altos niveles de protección ambiental para Eco Oro la prohibición de adelantar actividades mineras en páramos, representa un desconocimiento a los estándares de trato e incluso una expropiación indirecta, a pesar de que lo acordado en materia ambiental en el TLC entre Colombia y Canadá se encaminaba a priorizar la protección de estos ecosistemas, consintiendo en “alcanzar altos niveles de protección ambiental, [] observar y hacer cumplir su legislación ambiental a través de la acción gubernamental y sus leyes ambientales”<sup>183</sup>.

De manera que si bien, puede llegar a considerarse que la emisión de la Sentencia C-035 de 2016, y demás normas que regularon la protección a páramos en Colombia, fue legítima, atendiendo los móviles que llevaron a esta decisión en términos del imperativo de protección ambiental cada vez mas latente, ello no impide a la vez aludir un incumplimiento al Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia – en lo que refiere a los estándares de trato en materia de inversiones y medidas relativas a expropiación-, aun cuando ambos países se comprometieron con unos débitos de protección ambiental.

### 3.2.5. El amplio margen de acción que emerge de los estándares de trato

Si bien se entiende que la intención de los AII es la de captar la inversión extranjera y de esa manera mostrar el escenario mas atractivo para que el inversionista acuda al país receptor, ofreciendo garantías a través de los estándares de trato a aplicar, la forma como se encuentran redactados tales resulta tan amplia y en cierto modo tan ambigua, que le otorga un margen de acción irrestricto al inversionista.

La falta de limitación a los conceptos de trato justo y equitativo, trato de nación mas favorecida y trato nacional, e incluso el de expropiación, implica que los mismos abarquen una cantidad extensa e indefinida de acciones que pueden considerarse violatorias de tales.

En este sentido resulta muy factible que, cualquier actuación que de ordinario despliegue el país receptor y que de algún modo implique para el inversionista la imposibilidad de

---

<sup>183</sup> República de Colombia. Ley 1360 de 2009 (Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008, y el “Canje de notas entre Canadá y la República de Colombia del 20 de febrero de 2009, por medio del cual se corrigen errores técnicos y materiales del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia.) Artículo 2 Numeral

adelantar o continuar con la inversión o el negocio, encuadre en un incumplimiento a los estándares aludidos.

Ello aunado a los antecedentes esbozados previamente, que mostraron como ante la presencia de estándares de trato inmersos en los acuerdos internacionales, por virtud de los cuales se otorga una garantía de estabilidad jurídica a los inversionistas, los laudos suelen ser pro inversionistas, dada la observancia y salvaguarda a lo acordado, y que resulta mas beneficioso para estos.

### 3.2.6. Posible falta de articulación entre los diferentes órganos al interior del país

Bajo la premisa, de que para el derecho internacional y para el CIADI, el Estado colombiano es uno solo, desde el punto de vista de sus operaciones y procederes, se tiene que las actuaciones desplegadas por sus agentes y órganos son reconocidas como únicas; frente a lo cual es necesario llamar la atención en cuanto a la falta de articulación entre entidades conforme a lo siguiente:

El hecho de que la autoridad minera declarara proyecto interés nacional un proyecto minero que aun no contaba con licencia ambiental, y cuya consecución iba a resultar por decirlo de cierto modo ‘difícil’ puede aludirse como incoherente frente a la decisión de protección a los páramos.

En este sentido, puede tener razones fundadas la empresa en cuanto a que, con la declaración del contrato como Proyecto de Interés Nacional, se creaba una expectativa legítima de la importancia del proyecto no solo para el inversionista individualmente considerado, sino para todo el país receptor que le daba a su inversión una connotación especial.

Por consiguiente la posterior medida de exclusión de actividades mineras en zonas de páramos, resulta en cuanto menos descoordinada, desde el punto de vista de la declaratoria del proyecto como de interés nacional, pues de haberse tenido en cuenta - previo al pronunciamiento de la Corte Constitucional-, que en el área en cuestión existía este ecosistema, muy posiblemente no se hubiera emitido la mencionada declaratoria, o hubiera resultado necesario esperar la acreditación del permiso ambiental, es decir contar con todos los avales necesarios para llevar a cabo la explotación para proceder con tal.

Sin perjuicio de esto y como quiera que la imposición de sanciones monetarias sobre los Estados receptores por la violación de los estándares de trato tiene como fin impedir que los Estados desplieguen conductas abusivas sobre los inversores extranjeros, vale la pena preguntar si al interior del estado, los diferentes estamentos, están coordinados, en lo que los AII ya suscritos implican desde sus diferentes competencias.

### En síntesis

Los bienes jurídicos objeto de protección por parte del derecho ambiental dan lugar a una rigurosidad cada vez mas latente en esta materia, por lo que la normativa, regulaciones y fallos a este respecto resultan mas proteccionistas de los recursos naturales y el ambiente y de los derechos que de estos se desprenden.

En este sentido, la prohibición de adelantar actividades mineras en zonas de páramo, se entiende como una medida necesaria y conveniente para el Estado colombiano, desde el punto de vista del interés público en la protección ambiental, bajo el presupuesto que de ningún modo el beneficio económico que puede obtenerse en un proyecto minero aun cuando este sea de gran minería, podría ser superior al interés de proteger los recursos naturales y el medio ambiente (cuando existen fundamentos técnico-ambientales que sustentan la inviabilidad de adelantar el proyecto), aunado a que el eventual provecho económico obtenido no resultaría suficiente para remediar los impactos ambientales ni el costo para la calidad de vida y la salud de los habitantes que se pudieren generar.

No obstante, la actuación del Estado colombiano no se puede evaluar solo desde el ámbito del derecho interno, cuando existen acuerdos internacionales que amparan las inversiones extranjeras y regulan las relaciones entre Estado receptor e inversionista extranjero, pues precisamente la razón de ser de estos acuerdos es atraer la inversión extranjera a través de la garantía de estabilidad jurídica.

Y es que tal garantía de estabilidad jurídica engloba una serie de aspectos, acuerdos y estándares cuyo objetivo común, es no cambiar las reglas de juego iniciales o, dicho de otro modo, blindar la inversión, de modo que no se cambie la normativa inicial bajo la cual esta se realizó, ni se adelanten conductas que lleguen a interferir con ella.

En este sentido, y como quiera que la multinacional Eco Oro, alude como argumentos centrales de su reclamación, el presunto incumplimiento de parte del Estado colombiano de lo previsto en los artículos 805 (trato justo y equitativo) y 811 (expropiación), constituyéndose su observancia en garantías de la estabilidad jurídica, conforme a lo ya esbozado, es dable concluir que:

Dada la amplitud de la redacción del estándar de trato justo y equitativo, el cual se considera vulnerado ante conductas de parte del Estado receptor que puedan tildarse como arbitrarias, inconsistentes y no transparentes; sin que deba probarse mala fe en su ejecución, aun cuando en el ámbito del derecho nacional sea valido y aceptado el control de constitucionalidad y sus efectos, y en si la emisión y aplicación de normativa proteccionista del medio ambiente acompasada a los mandatos de la Constitución

ecológica, para un inversor extranjero es admisible considerar los mismos hechos como desconocedores de este estándar, pues en todo caso, la normativa y el fallo que terminó aplicándosele y afectando su inversión, fue posterior y contentivo de limitantes diferentes a los establecidos en la norma vigente al momento de celebración del contrato minero que le daba derecho a explotar, lo cual puede no asumirse como una conducta consistente y transparente, dados los perjuicios generados.

Frente la expropiación, dados los efectos de la prohibición de adelantar actividades mineras en páramos, que terminó frustrando las expectativas del inversor; acudiendo a lo fallado en casos análogos en el pasado, se encuentra que los tribunales internacionales y en si la literatura en la materia, han entendido que cuando se destruye el valor de las inversiones independientemente de la motivación del Estado para desplegar las conductas que traen como consecuencia tal, sin el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, se configura expropiación indirecta, siendo esta una conducta no permitida a la luz del capítulo de inversiones del TLC, esto sumado a que en palabras de la propia Agencia de Defensa Jurídica del Estado Colombiano ANDJE, “el solo hecho de reducir los beneficios o ganancias de la inversión son suficientes para determinar una expropiación.”<sup>184</sup>.

De lo anterior, se colige, que aun cuando Colombia haya tenido razones fundadas de interés público, para adoptar las medidas que terminaron truncando las expectativas de inversión, y las mismas resulten legítimas a la luz del derecho interno, es muy factible que el Tribunal del CIADI, declare que, si hubo una expropiación indirecta y por ende ordene el pago de una indemnización a Eco Oro, debiendo asumir Colombia responsabilidad por tal.

Sin perjuicio de lo anterior, no se trata de dejar de celebrar tratados que propenden por atraer la inversión extranjera, tampoco se trata de que los Estados no desplieguen las actuaciones que resulten necesarias para la protección de los recursos naturales y el medio ambiente, pero si de acompasar uno y otro fin de modo que, por la intención de desarrollo económico e inversión, no resulten impactados negativamente ni los recursos naturales, ni el erario del Estado a causa de fallos que lo obliguen a indemnizar a los inversores, ni tampoco se ponga en tela de juicio la seguridad jurídica que debe brindar un Estado en el desarrollo de una relación o un negocio.

---

<sup>184</sup> ARENAS QUIJANO, María Paula. Los estándares de protección de los Acuerdos internacionales de Inversión. [En línea] Disponible en: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/los-estandares-proteccion-los-acuerdos-internacionales-inversion/> (Consultada: 6 de diciembre de 2020)

En todo caso, los acuerdos y tratados deben constituirse en herramientas jurídicas, al servicio de los intereses de los Estados, los cuales si bien contienen los elementos para determinar como solucionar una controversia en caso de un hecho en disputa, no debe perderse de vista que su principal objetivo que es tener un marco jurídico que regule las relaciones entre Estado receptor de la inversión e inversor extranjero, debe salvaguardarse a través de compromisos que satisfagan los intereses de ambas partes, sin que la balanza este inclinada para ninguno de los dos.

## CONCLUSIONES

1. Los instrumentos utilizados por el derecho internacional de inversión buscan principalmente atraer la inversión extranjera, en pro de un objetivo de desarrollo, para lo cual los Estados terminan comprometiendo en cierto grado su soberanía.
2. Dentro de las características del derecho internacional de inversiones que rige los AII cobra especial relevancia aquella que establece que este se gobierna por el derecho internacional, bajo cuyas reglas no es posible invocar las disposiciones del derecho interno de cada una de las partes como justificación del incumplimiento de un tratado, aspecto que debe ser tenido en cuenta frente a las actuaciones que los estados despliegan en la ejecución de la inversión.
3. Bajo el análisis realizado, se considera que los estándares de trato incluidos en los AII envuelven una garantía de estabilidad jurídica, por lo que no se requiere de contratos de estabilidad jurídica como tal, o cláusulas de estabilidad jurídica en estricto sentido, para aludir la existencia de tal en la relación entre dos países o entre un país y un inversor, en el marco de una inversión.
4. La contingencia que se puede presentar con la inclusión de los estándares de trato en los AII es que pueden resultar muy subjetivos, siendo extremadamente difícil precisar su alcance, mas aun cuando en última instancia, la interpretación sobre su desconocimiento o no, depende de una definición arbitral.
5. La evolución de la conciencia ambiental de los pueblos se ve reflejada en el accionar de los gobiernos, que cada vez hace mas rigurosa su normativa ambiental, incluye normas mas proteccionistas del medio ambiente y emite decisiones en consonancia con el concepto de desarrollo sostenible, en atención al valor superior que representa la protección del medio ambiente y que justifica su actuar.
6. En la medida que el ambiente sano constituye un interés superior, erigiéndose en un derecho de los ciudadanos disfrutarlo y en un deber del Estado garantizarlo, es obligación de este conservar las áreas de especial importancia ecológica, como los páramos que, siendo ecosistemas biodiversos, trabajan como reguladores del ciclo hídrico, entre otras especiales funciones.
7. El contrato de concesión minero a través del cual muchas veces se materializa la inversión se caracteriza porque siendo oneroso puede ser aleatorio, lo que implica que aun siendo de su esencia el reportar utilidades para ambas partes, ello no garantiza al inversor obtener la ganancia esperada o incluso el poder llevar a cabo la explotación.

8. Con ocasión de la acción de constitucionalidad, los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad de las normas hacen parte de ellas, consecuencia de lo cual su interpretación y aplicación no puede darse aislada de las sentencias de constitucionalidad.

9. Por virtud de la interpretación constitucional plasmada en la Sentencia C-339 de 2002, las zonas excluidas de la minería no son solo las enunciadas en el Código de Minas, sino que pueden ser otras que se declararen en el futuro.

10. La emisión de la Sentencia C-035 de 2016, resulta además de oportuna necesaria, pues haber aplazado la protección de los recursos naturales en pro de salvaguardar un posible derecho adquirido -relativo a la inversión de un particular- no hubiera resultado conveniente para los intereses generales, pues al poner en la balanza los beneficios económicos obtenidos por la explotación minera, con los derechos a un ambiente sano y la salud, aquellos no alcanzarían a remediar el impacto ambiental generado en un ecosistema tan sensible como un páramo, en inobservancia de los derechos en mención.

11. Las reglas del derecho internacional de inversión entran en conflicto con la protección del medio ambiente, cuando en el desarrollo de una inversión, las decisiones de los Estados encaminadas a preservar los recursos naturales y prevenir los daños ambientales, impiden ejecutar o continuar con tal. Esta tensión deviene de la existente entre el desarrollo económico y la defensa de los recursos naturales y el medio ambiente que, sin perjuicio de ser bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución Política de Colombia, no tienen un contenido absoluto.

13. Si bien las decisiones y acciones de un Estado encaminadas a proteger objetivos legítimos de bienestar público, relacionados con la conservación y protección del medio ambiente, pueden representar un actuar legítimo necesario, ello no hace desaparecer el hecho de que en un escenario de inversión enmarcado en acuerdos internacionales, dichas actuaciones puedan ser vistas como representativas de expropiación indirecta, o configurar desconocimiento a los estándares de trato (tales como el trato justo y equitativo).

14. En los conflictos que se suscitan en el ámbito del derecho internacional de inversiones, se puede advertir que la balanza está claramente inclinada a favor del inversor extranjero que acude a un país, pues los estándares de trato que comúnmente se incluyen en los AII, se encuentran redactados de tal manera, que le permiten a estos, un margen de acción casi ilimitado, frente a cualquier actuación que consideren cercene o paralice sus expectativas de inversión. De este modo, los estándares de trato terminan limitando las regulaciones propias de los países, o dando pie a entender que si lo hacen aun cuando sea de una forma legítima se debe compensar al inversor.

15. Las incompatibilidades que se pueden generar entre el derecho interno colombiano y las obligaciones internacionales conforme al derecho internacional de las inversiones, no se presentan a simple vista, por lo que al no tratarse de contradicciones evidentes, solo en el estudio del caso a caso, puede determinarse si se considera que se ha presentado alguna vulneración o incumplimiento, tarea que corresponde a los tribunales internacionales, cuando las contiendas se llevan ante estos.

16. Si bien la seguridad jurídica que pretende otorgarse con la suscripción de los AII y los estándares que allí se incluyen, puede atraer la inversión, se considera que lo que en realidad es garantía de atracción y confianza inversionista, es la evidencia real de un panorama de seguridad, el cual se puede demostrar con las experiencias satisfactorias de otros inversionistas y un escenario real de reglas claras.

17. Sin perjuicio de todo lo anteriormente señalado y la posición acá esgrimida, es claro que la decisión final, esta en manos de la interpretación que el Tribunal del CIADI considere mas adecuada, sin dejar de lado que resulta urgente regular la tensión existente entre los derechos de los inversores extranjeros de llevar a cabo su inversión o negocio y la protección ambiental.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBA BETANCOURT, Ana Georgina. Panorama sobre Cláusulas de Estabilización en Contratos de Inversión Extranjera. [En línea] Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/339926807\\_PANORAMA\\_SOBRE\\_CLÁUSULAS\\_DE\\_ESTABILIZACION\\_EN\\_CONTRATOS\\_DE\\_INVERSION\\_EXTRANJERA](https://www.researchgate.net/publication/339926807_PANORAMA_SOBRE_CLÁUSULAS_DE_ESTABILIZACION_EN_CONTRATOS_DE_INVERSION_EXTRANJERA)

AMADO, José Daniel. Los instrumentos internacionales de garantía a la inversión extranjera y la Constitución Política del Perú. [En línea] Disponible en: [Dialnet-LosInstrumentosInternacionalesDeGarantiaALaInversi-5109898.pdf](http://Dialnet-LosInstrumentosInternacionalesDeGarantiaALaInversi-5109898.pdf)

ARENAS QUIJANO, María Paula. Los estándares de protección de los Acuerdos internacionales de Inversión. [En línea] Disponible en: <https://conocimientojuridico.defensajuridica.gov.co/los-estandares-proteccion-los-acuerdos-internacionales-inversion/>

BAQUERO MONTOYA, Sara y MENA RAMÍREZ, Erika. El fenómeno de la expropiación indirecta en la inversión extranjera directa frente a los acuerdos de inversión. [En línea] Disponible en: [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria\\_BaqueroMontoya\\_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/491/SaraMaria_BaqueroMontoya_2008.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

BERMÚDEZ, César Augusto. Colombia en los recientes esfuerzos de integración regional latinoamericana. [En línea] Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/921-Texto%20del%20art%C3%ADculo-2295-2-10-20140318.pdf>

BERNAL PÉREZ, Diana Carolina. El derecho internacional de inversión extranjera y la industria extractiva. 1ª. ed., Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2018.

BERNAL PÉREZ, Diana Carolina. El Derecho Internacional de Inversión: Las Cláusulas de Estabilidad: ¿Un Caso de Protección Internacional Prima Facie? ISBN-13: 978-3659077234 ISBN-10: 3659077232, Editorial: EAE, 2013, p. 1.

BRAVO LEDEZMA, Serafín y DUSSÁN, Gustavo Hernán. Análisis al avance en la ejecución de la locomotora minero-energética Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 [En línea]. Disponible en [https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5064/GustavoDussan\\_SerafinBravo\\_2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5064/GustavoDussan_SerafinBravo_2014.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

CAMERON Peter “Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors”, Association of International Petroleum Negotiators, 2006, [En línea] Disponible en: [http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc\\_log/2006-07-05\\_aipn\\_stabilization-cameron\\_final.pdf](http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf)

CÁRDENAS, Andrés. ¿Cómo el arbitraje de inversión y los tratados internacionales de inversión han contribuido a una re-conceptualización de los sujetos del derecho internacional público y específicamente en la legitimación de los particulares para demandar la responsabilidad internacional de los Estados? [En línea] Disponible en: <https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/como-el-arbitraje-de-inversion-y-los-tratados-internacionales-de-inversion-han-contribuido-a-una-re-conceptualizacion-de-los-sujetos-del-derecho-internacional-publico-y-especificamente-en-la-leg/>

CASTAÑO Juliana y GALEANO Paola. Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del estado colombiano? [En línea] Vol. 2, 01. | January - June 2011 Colombia Journal of International Law EAFIT Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IEMZ19FFCY0J:https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/article/view/392+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=co&client=safari>

CASTILLO ARGAÑARÁS, Luis Fernando. Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. [En línea] En On-line versión ISSN 2304-7887 RSTPR vol.3 no.5 Asunción Mar. 2015 <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.391> Disponible en: <http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v3n5/2304-7887-rstpr-3-05-00391.pdf>

CORREA HENAO, Magdalena y ROA ROA, Jorge. Derechos Humanos, responsabilidad social empresarial y Principios Ruggie. [En Línea] Disponible en: [file:///C:/Users/User/Downloads/Derechos\\_Humanos\\_responsabilidad\\_social.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Derechos_Humanos_responsabilidad_social.pdf)

CORREA HENAO, Magdalena y PALACIOS TORRES, Alfonso. El Estado Constitucional Colombiano en la periferia Tomo II. Editores Universidad Externado de Colombia. 2019. Bogotá. The Economist. Mining in Latin America: From Conflict to co-operation” Disponible en: <https://www.economist.com/the-americas/2016/02/06/From-Conflict-to-co-operation>.

DE ECHAVE, José. El Capítulo de Inversiones, el TLC. [En línea] Disponible en: [http://www.redge.org.pe/sites/default/files/el\\_capitulo\\_inversiones\\_TLC.pdf](http://www.redge.org.pe/sites/default/files/el_capitulo_inversiones_TLC.pdf)

DE URIOSTE SAMANAMUD, Ricardo. La Expropiación Indirecta en el Derecho Internacional de las Inversiones y el Derecho a la Propiedad en la Corte Europea de Derechos Humanos. [En línea] Revista de Economía y Derecho, vol. 10, nro. 39 (invierno de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados. Disponible en: <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/319>

DOLZER, Rudolf. Indirect Expropriations: New Developments [En línea] 11 N.Y.U. Env'tl L.J. 64 (2002-2003) Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/nyuev11&div=11&id=&page=>

FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. “¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo”. [En línea] Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2013. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf>

GARCÍA BOLÍVAR, Omar. La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma. [En línea] Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. On-line versión ISSN 2304-7887 (En línea) ISSN 2307-5163 (impreso) DOI: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.137> RSTPR Vol. 3 No. 5 Asunción Mar. 2015, pp. 137-163. Disponible en: [http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2304-78872015000500137](http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500137)

GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. [En línea] Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Vol. 12. Universidad del Rosario. 2019. Disponible en: <https://revistas.urosario.edu.co/xml/4295/429558483004/html/index.html>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Estándares en Arbitraje de Inversión: ¿Choque de Tradiciones? [En línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2815/6.pdf>

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión”. [En línea] En Revista internacional de arbitraje. Enero a junio de 2006. Disponible en: [https://xperta.legis.co/visor/temp\\_rarbitraje\\_f8977a44-d54c-472d-87a0-1a01ca599de7](https://xperta.legis.co/visor/temp_rarbitraje_f8977a44-d54c-472d-87a0-1a01ca599de7)

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Trato Justo y Equitativo en Arbitraje de Inversión: Un Ejercicio Interpretativo. [En línea] Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/30923/27909>

HUERTAS CÁRDENAS, Julián. Monismo moderado colombiano: examen a la teoría oficial de la Corte Constitucional desde la obra de Alfred Verdross. [En línea] 132 Vniversitas, 197-234 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132>. Mmce. p. 14. Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/n132/n132a07.pdf>

KUCHARZ, Tom y RICO GARCÍA-AMADO, Luis. Tratados bilaterales de inversiones: Una herramienta fundamental para la globalización neoliberal. [En línea] Observatorio de Multinacionales en América Latina. Disponible en: <http://omal.info/spip.php?article6148>

LINARES CANTILLO, Alejandro. El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. [En línea] Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2019. Disponible en: <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3187/epubreader/el-derecho-aplicable-en-arbitraje-de-inversin>

MILLER PEREZ, Carolina. Los contaminantes ambientales bifenilos policlorinados (PCB) y sus efectos sobre el Sistema Nervioso y la salud [En línea] Disponible en: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-33252009000400009](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-33252009000400009) (Consultada: 5 de diciembre de 2020)

MOLINA VERGARA, Marcela. Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. [En línea] Revista de derecho (Coquimbo) versión On-line ISSN 0718-9753 RDUCN vol.25 no.1 Coquimbo jun. 2018 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532018000100233> Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-97532018000100233](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532018000100233)

MORTIMORE, Michael. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe. [En línea] Serie Desarrollo Productivo No. 188 CEPAL 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 Disponible en: <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/330492020.pdf>

PÉREZ ESCALONA, Susana. Las operaciones de control societario ante el arbitraje internacional en materia de inversiones extranjeras: notas a propósito del caso Camuzzi International Vs. República Argentina. [En línea] REDUR 8, diciembre 2010, págs. 111-122. ISSN 1695-078X Disponible en: <https://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/perezescalona.pdf>

POVEDA RAMOS, Gabriel. Cinco siglos de variantes y desarrollos - La minería colonial y republicana. [En línea] Disponible en: <https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-151/la-mineria-colonial-y-republicana>

REY VALLEJO, Pablo. El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización. [En línea] En Revista de Derecho Privado 38 Junio de 2007. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Disponible en: [https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechoprivado/pri139.pdf](https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri139.pdf)

RODRÍGUEZ, Gina Paola “Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos: ¿una misma derecha?” [En línea] Tema Central Nuso N° 254 / Noviembre - Diciembre 2014. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/alvaro-uribe-y-juan-manuel-santos-una-misma-derecha/>

ROUSSEAU, Dominique. Las relaciones conflictuales entre las cortes constitucionales y los poderes legislativo y ejecutivo. En Diálogos Constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Editor HENAO, Juan Carlos. Universidad Externado de Colombia. 2013.

SANTAELLA QUINTERO, Héctor. Responsabilidad patrimonial del Estado por afectaciones ambientales a la propiedad privada. En: Los Grandes Fallos de la Jurisprudencia Administrativa colombiana. Editor OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. Universidad Externado de Colombia. 2013.

SCHREUER, Christoph. Tratamiento justo y equitativo en la práctica arbitral. [En línea] Revista Internacional de Arbitraje N° 5, jul.-dic./2006. Disponible en: [https://xperta.legis.co/visor/temp\\_rarbitraje\\_e9e5d0a4-1d68-4f90-8b42-1acaf94ccc1f](https://xperta.legis.co/visor/temp_rarbitraje_e9e5d0a4-1d68-4f90-8b42-1acaf94ccc1f)

SHEMBER, Andrea. Stabilization Clauses and Human Rights. A research project conducted for IFC and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights. [En línea] International Finance Corporation. World Bank Group. Naciones Unidas.

SOMMER, Christian. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. [En línea] ACEDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional Bogotá, ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493, Vol. 6, pp. 95-130, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4941865> p. 99

VELA ORBEGOZO, Bernardo. Poder, Hegemonía y Periferia. Una aproximación crítica al derecho internacional clásico. Temas de Derecho Internacional Público No. 3. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2019. p. 408

VELÁSQUEZ-RUIZ, Marco. La increíble historia de la demanda de Eco Oro Minerals contra Colombia” [En Línea] Disponible en: <http://blogs.eltiempo.com/desmarcado/2016/12/15/la-increible-historia-eco-oro/>

### Páginas institucionales

Asamblea General de Las Naciones Unidas. Resolución aprobada por la Asamblea General [sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)] 56/83. [En línea] Disponible en: [http://portal.uned.es/pls/portal/PORTAL.wwsbr\\_int\\_services.GenericView?p\\_docname=22634788.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/PORTAL.wwsbr_int_services.GenericView?p_docname=22634788.PDF)

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. [En línea] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases>

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, 1980. Viena, 23 de mayo de 1969. [En línea] Disponible en: [https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference\\_docs/convencion\\_viena.pdf](https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf)

Convenio CIADI, Reglamento y Reglas. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU. [En línea] Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico [En línea] Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/nuevo-orden-economico-internacional-noei>

Eco Oro Pagina Oficial. Perfil de la Empresa [En línea] Disponible en: <http://www.eco-oro.com/sp/Profile.asp>

República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. [En línea] Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-con-canada/1-antecedentes/2-2-resumen-del-acuerdo-comercial-con-canada>

Revista Semana “Las diez demandas al Estado que le costarían 17 billones de pesos” [En línea] Disponible en: <https://www.semana.com/economia/articulo/diez-demandas-al-estado-colombiano-costarian-17-bilones-de-pesos/629523>

## Normatividad

República de Colombia. Constitución Política de Colombia.

República de Colombia. Ley 84 de 1873 (Por el cual se expide el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia)

República de Colombia. Ley 99 de 1993. (Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones).

República de Colombia. Ley 685 de 2001 (Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.)

República de Colombia. Ley 1360 de 2009 (Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y la República de Colombia”)

República de Colombia. Ley 1382 de 2010 (Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas)

República de Colombia. Ley 1450 de 2011 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014)

República de Colombia. Ley 1753 de 2015 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014 -2018, Todos por un nuevo país)

República de Colombia. Ley 1930 de 2018. (Por medio de la cual se dictan disposiciones para la gestión integral de los páramos en Colombia)

República de Colombia. Ley 1955 de 2019 (Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022 “Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad”)

República de Colombia. Decreto 2811 de 1974 (Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente)

República de Colombia. Decreto 2655 de 1988. (Por el cual se expide el Código de Minas)

República de Colombia. Decreto Ley 2150 de 1995. (Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública)

República de Colombia. Decreto 1728 de 2002 (Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre la Licencia Ambiental.)

República de Colombia. Decreto 1180 de 2003 (Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre Licencias Ambientales)

República de Colombia. Decreto 500 de 2006 (Por el cual se modifica el Decreto 1220 del 21 de abril de 2005, reglamentario del Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales.)

República de Colombia. Decreto 2820 de 2010 (Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales)

República de Colombia. Decreto 3573 de 2011 (Por el cual se crea la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- y se dictan otras disposiciones.)

República de Colombia. Decreto 2041 de 2014 (Por el cual se reglamenta el Título VIII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales)

República de Colombia. Resolución 655 de 21 de junio de 1996 (Por la cual se establecen los requisitos y condiciones para la solicitud y obtención de la licencia ambiental establecida por el artículo 132 del Decreto Ley 2150 de 1995)

República de Colombia. Resolución 18-0861 de 2002 (por medio de la cual se adoptan las guías minero-ambientales y se establecen otras disposiciones)

#### Jurisprudencia

República de Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 1970. M.P. Guillermo Ospina Fernández.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-600 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-431 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-339 de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 2007. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-915 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-366 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-054 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-389 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-361 de 30 de mayo de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos.

República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia SU-095 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger

### Laudos

Laudo Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi, ICSID Case No. ARB/95/3 [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/508>

Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Caso N° ARB (AF)/00/2 Técnicas Medioambientales Tecmed, Sociedad Anónima Demandante v. Estados Unidos Mexicanos Demandada [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>

Laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Mecanismo Complementario, Caso N° ARB (AF)/97/1: Metalclad Corporation y Estados Unidos Mexicanos. Fecha de envío a las Partes: 30 de agosto de 2000. [En línea] Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf>

Laudo IN A NAFTA ARBITRATION UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION  
RULES S.D. Myers, Inc. (“SDMI”) (Claimant) and Government of Canada  
 (“CANADA”) (Respondent) [En línea] Disponible en:  
<https://www.italaw.com/cases/969>