Los acuerdos internacionales de inversión: la experiencia colombiana

Carolina Reina Martínez

Tesis depositada en cumplimiento parcial de los requisitos para el grado de Doctor en

Doctorado en Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

Director:

Carlos Ramón Fernández Liesa

Septiembre, 2022

Esta tesis se distribuye bajo licencia "Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**".

A Dios por darme las fuerzas para no desfallecer en mi propósito de terminar este trabajo de investigación a pesar de las adversidades, a mi familia por la hija, hermana y tía ausente en fechas y celebraciones importantes durante mis años de estadía en España, a mi esposo Cástulo por su apoyo, y, a mi hijo Sebastián por ser mi inspiración.

AGRADECIMIENTOS

Quiero expresar mi agradecimiento al profesor Fernández Liesa, por acogerme como su doctoranda y por sus invaluables orientaciones en la presente investigación y a mis amigos de doctorado de la UC3M.

Resumen

La atracción de inversión extranjera directa ha sido esgrimida por los Estados como la principal motivación para la suscripción de los acuerdos internacionales de inversión. Si bien debe reconocerse la importancia e incidencia en materia de transferencia de tecnología, flujo de capitales, empleo calificado y acceso a nuevos mercados del que se han beneficiado los Estados receptores de la inversión, también lo es que la suscripción de este tipo de tratados no está ajena a la controversia.

Los Estados de la región latinoamericana tradicionalmente han sido Estados receptores de inversión extranjera, y por ende objeto de demandas y laudos de parte de los Tribunales de arbitramento por el incumplimiento de las garantías pactadas a favor de los inversionistas extranjeros, tales como trato justo y equitativo, trato nacional, prohibición de expropiación sin compensación, entre otras.

La interpretación de los tratados de inversión y en especial de las garantías allí contenidas cobra especial relevancia tanto para inversionistas como para los Estados. Las reglas para la interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, el arbitraje internacional desempeñado por organismos internacionales como el CIADI y el procedimiento de acuerdo mutuo resultan de suma importancia en la solución de controversias de inversión.

Palabras clave: acuerdos internacionales de inversión, modelos de negociación, derecho internacional, reglas de interpretación, arbitraje internacional.

Índice

INTRODUCCIÒN **9**

CAPÍTULO I: ORÍGENES, NATURALEZA Y CONTENIDO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN **19**

1. Orígenes de los Acuerdos Internacionales de Inversión **19**

2. Concepto y naturaleza de los Acuerdos Internacionales de Inversión **25**

2.1. Relevancia socio - económica y política de las inversiones **27**

2.2. Marco jurídico internacional, regional y europeo de las inversiones **29**

3. Tipos de Acuerdos Internacionales de Inversión **31**

3.1. Tratados de Libre Comercio **34**

3.2. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones **38**

4. Cláusulas de tipo sustancial y procedimental contenidas en los Acuerdos Internacionales de Inversión **41**

4.1. Trato nacional **43**

4.2. Trato de nación más favorecida **47**

4.3. Prohibición de expropiación sin compensación **55**

4.4. Trato justo y equitativo (estándar mínimo de trato) **63**

4.5. Protección y seguridad plenas **70**

4.6. Otras protecciones **73**

CAPÍTULO II: LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN EN COLOMBIA **82**

1. Evolución de la política de inversión extranjera en Colombia **83**

2. Modelos de negociación de AII de Colombia y su red de AII (APPRIs) .. **88**

3. La red de capítulos de inversión contenidos en los TLC's suscritos por Colombia **95**

4. Control de constitucionalidad de los acuerdos internacionales de inversión celebrados por Colombia **127**

5. Derecho interno vs Derecho internacional sobre protección de la inversión extranjera 133

5.1. La cláusula Calvo 135

5.2. Las cláusulas paraguas 140

6. Los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por otros Estados de la región 143

6.1. Chile 144

6.2. Bolivia y Ecuador 147

CAPÍTULO III: REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES 151

1. Reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 157

1.2.- Medios complementarios (artículo 32) 173

1.3. Regla específica (artículo 33) 177

1.4.- Las reglas no incluidas en la Convención 179

2. Derecho interno en la interpretación de los tratados 182

2.1. Convenciones de Viena de 1969 y 1985 sobre Derecho de los Tratados entre estados, entre estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí. 184

2.2. Recepción del derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria 186

2.3. Recepción del derecho convencional internacional en el derecho interno . 187

3.- El procedimiento de acuerdo mutuo como mecanismo de interpretación. .. 189

4.- El arbitraje internacional de inversión en los acuerdos internacionales de inversión 197

4.1 Requisitos de procedibilidad para el arbitraje internacional de inversión. 199

4.2.- Jurisdicción y competencia 201

5. Casos relevantes de arbitraje adelantados en el CIADI que involucran Acuerdos Internacionales de Inversión de estados de la región latinoamericana 205

CAPÍTULO IV: ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN 225

1. El derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos 228

2. Demandas entre el inversor y el estado receptor de la inversión 239

2.1. El Derecho internacional de las inversiones, de dónde viene y hacia dónde va. 242

2.2. Altos costos de defensa ante los tribunales arbitrales 251

2.3. Exclusividad dada al inversor extranjero para demandar ante los tribunales internacionales 261

2.4. Laudos arbitrales inconsistentes..... 265

3. Desequilibrio de los acuerdos internacionales de inversión entre los estados receptores de inversión y los estados de donde proviene la inversión..... 279

4. El arbitraje de inversión vs las políticas públicas del estado receptor de la inversión..... 289

5. Efectividad de los Acuerdos Internacionales de Inversión en el incremento real de la inversión extranjera. 295

CONCLUSIONES 305

BIBLIOGRAFÍA 308

Referencias Bibliográficas..... 308

Monografías..... 308

Referencias Documentales 327

Jurisprudencia Nacional 327

Jurisprudencia Corte Constitucional..... 327

Otros Documentos..... 327

INTRODUCCIÒN

El presente trabajo de investigación denominado "LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSION – AII: LA EXPERIENCIA COLOMBIANA" tiene por objeto analizar de manera crítica dentro del ámbito del derecho internacional público los aspectos controvertidos que plantean los Acuerdos Internacionales de Inversión – AII, haciendo especial énfasis en la relación Estado – inversores.

Cabe destacar que, a pesar de la existencia de dualidad entre partidarios y detractores de este tipo de tratados internacionales, esta investigación no busca detenerse en ello, sino que centra su estudio en las garantías y estándares pactados en relación con la promoción y protección de la inversión extranjera y en la conveniencia o no de las mismas para los estados de la región latinoamericana realizando especial referencia a Colombia.

Si bien es cierto desde el primer acuerdo bilateral para la inversión firmado entre Alemania y Pakistán en 1959[1] a la fecha existe toda una red de tratados de inversión. Su surgimiento reciente en comparación con otras herramientas jurídicas del derecho internacional, así como la importancia e impacto de estos en el ámbito de las inversiones y del derecho internacional es uno de los aspectos que llaman la atención. A pesar de no contar con un tratado multilateral en materia de inversiones, ello no ha impedido que el derecho internacional de las inversiones se expanda durante los últimos años, a países y regiones económicas, con particularidades y características disimiles, en la necesidad de contribuir al flujo de inversiones.

Otro aspecto que resulta interesante es que respecto del término AII y de otros íntimamente ligados a él como lo son "inversión" e "inversionista" no se tiene una definición única. Lo que en parte obedece según algunos autores a la mutación de los alcances terminológicos del término "inversión", como se explicará de manera más detallada en el desarrollo de la investigación. De hecho, para la UNCTAD[2] esto ha dado lugar, a lo que ha denominado un sistema multifacético, que contiene disposiciones que

---

[1] GRANATO, Leonardo, ODDONE, Carlos Nahuel, 2007. La protección internacional del inversor extranjero a través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, Tendencia, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño, Vol. VII, No. 2, segundo semestre 2007, p.p. 43 – 66. Disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaProteccionInternacionalDelInversorExtranjeroATra-3986087%20(1).pdf

[2] NACIONES UNIDAS, 2008. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internaciones de inversión para el desarrollo, Nueva York y Ginebra, p. 10. ISSN. 1819-9240. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

se refieren específicamente a la inversión, pero también contienen otras que abordan cuestiones conexas, como lo son el comercio de bienes, el comercio de servicios, la propiedad intelectual, las normas laborales o la protección del medio ambiente.

No obstante, se hace necesario definir con precisión que es una inversión internacional, de modo que, para esta investigación pueda comprenderse de dos maneras. La primera, como los capitales que un Estado permite salir de su territorio hacia cualquier otro Estado que los requiera, con la intención de obtener utilidad y generar desarrollo en el receptor. Y, la segunda, como el objeto de protección material del Derecho Internacional Público de las Inversiones, contenido en un Acuerdo Internacional de Inversión.

Ilustra la anterior definición, la OCDE, al establecer que "La inversión extranjera directa refleja el objetivo de establecer un interés duradero por parte de una empresa residente en una economía (el inversor directo), en una empresa domiciliada en una economía diferente de la del inversor directo (la empresa de inversión directa)"[3].

Ahora, si bien es cierto existe diversidad de definiciones del concepto AII, estos acuerdos comparten elementos o cláusulas comunes que los caracterizan, como lo son: el trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato de nación más favorecida, trato nacional, indemnización por pérdidas, expropiación, repatriación de inversiones y solución de controversias.

Los AII imponen obligaciones sustantivas a los Estados parte respecto del trato debido a los inversionistas y sus inversiones. Dichas disposiciones a pesar de la aparente uniformidad en el lenguaje que emplean contienen obligaciones cuyo sentido y alcance sigue siendo vago e impreciso[4]. Prueba de ello son las controversias que han suscitado las cláusulas negociadas en estos acuerdos y el incremento constante de laudos arbitrales sobre la materia. La mayoría de las cláusulas de los AII se refieren a los compromisos de los Estados receptores de inversión para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros y no a obligaciones sustantivas de los inversionistas extranjeros frente a los Estados receptores de la inversión.

En el desarrollo de la presente investigación centraremos nuestro análisis en las cláusulas de tipo sustancial y procedimental de los AII suscritos por los países que

[3] OECD, 2011. OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa: Cuarta edición, OECD Publishing, Paris. Disponible en: https://doi.org/10.1787/9789264094475-es.

[4] FUENTES, Ximena, 2010. El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional, CEPAL, Santiago de Chile, p.p. 30 – 65. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Acuerdos-internacionales-inversion.pdf

conforman la región latinoamericana. Ello en razón a la disparidad propia de la región, en donde se encuentran diferentes modelos económicos y políticos, contrastes marcados en los niveles de desarrollo, así como Estados pertenecientes a Organizaciones Internacionales y Regionales tales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Organización de Naciones Unidas (ONU), Comunidad Andina de Naciones (CAN), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Unidad de Naciones Suramericanas (UNASUR), Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), entre otras.

Ahora bien, la referencia especial a Colombia no solo obedece a que es el país de procedencia de quien realizó este trabajo, sino a que en el contexto mundial y más específicamente en el de la región Latinoamericana, es un país que en los últimos años ha venido aumentando de manera significativa el número de AII negociados. Colombia a la fecha tiene 18 tratados de inversión vigentes[5] y 6 más suscritos[6]. Otro aspecto para destacar, en el caso colombiano lo es la negociación tardía de los AII en comparación con los demás países de Latinoamérica. Tal y como se detallará en el cuerpo de la investigación fue sólo a partir de la Constitución Política de 1991 que se implementó por parte del Estado Colombiano una política de promoción para la inversión extranjera cuyo fin era abrir la brecha a otros mercados y servicios diferentes al sector petrolero y minero[7].

Descendiendo un poco más y adentrándonos al contenido de los AII se realizará un análisis de las cláusulas de trato nacional, trato nación más favorecida, prohibición de expropiación, trato justo y equitativo y el estándar de protección y seguridad plenas.

Sobre el estándar de trato nacional en los AII, denotaremos como dicha cláusula en su redacción involucra la no discriminación al inversionista extranjero y el que no se les trate de manera menos favorable en relación con los locales, elementos estos que no

---

[5] AII Vigentes en Colombia: APPRIs (España, Suiza, Reino Unido, Japón, China, India y Perú), Capítulos de inversión TLCs (México, EE.UU., Canadá, Chile, Triángulo Norte de Centroamérica, Unión Europea, Asociación Europea de Libre Comercio, Costa Rica, Corea, Alianza Pacífico e Israel). Fuente: MINCOMERCIO, 2020. Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs). Disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/abc-de-los-acuerdos-de-inversion/dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx

[6] AII suscritos por Colombia: APPRIs (Francia, Turquía, Singapur, Brasil, Emiratos Árabes Unidos), Capítulos de inversión TLCs (Panamá). Fuente: MINCOMERCIO, 2020. Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs). Disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/abc-de-los-acuerdos-de-inversion/dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx

[7] CASTRO, María, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Revista Derecho del Estado, ISSN 0122-9893, n° 38, 2017. p.p. 23-66. Disponible en: h https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6178666

son excluyentes uno del otro, sino que por el contrario subsisten de manera independiente

Ahora, en el caso de la cláusula de nación más favorecida, el trato que protege se sintetiza en que el Estado receptor no puede discriminar de *jure* o de facto basado en la nacionalidad, siempre que haya situaciones objetivas similares como una base legítima de comparación, es decir, se podrán hacer distinciones siempre que no se fundamenten en la nacionalidad, por ejemplo, estableciendo regulaciones para la inversión extranjera directa en un sector económico determinado[8].

De hecho, autores como DOLZER y SCHREUER[9], sostienen que la cláusula de trato de nación más favorecida garantiza que los Estados den al inversionista de otro Estado un trato por lo menos tan favorable a aquel dado a los inversionistas de un tercer Estado. Ello tiene como consecuencia que si el Estado le da un beneficio relevante a un tercer Estado automáticamente se extiende al Estado que se beneficia de la cláusula.

La aplicación del trato de nación más favorecida pactado en los AII es quizás el punto que mayor controversia genera. Empezando por los variados pronunciamientos que se han dado en los Tribunales arbitrales en relación con la interpretación de este estándar de protección, tanto en disposiciones sustantivas como procesales. Lo que ha avivado aún más el debate existente frente a esta figura jurídica, sobre el particular encontramos la decisión del Tribunal arbitral del CIADI en el caso No. ARB/97/7 de Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España[10], en laudo de fecha 13 de noviembre de 2000. En el citado laudo el Tribunal al decidir la controversia suscitada por el tratamiento recibido por el señor Maffezini por parte de las entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en Galicia, determinó que tenía jurisdicción y que era competente para decidir la controversia entre las partes basándose en la cláusula de nación más favorecida contenida en el AII celebrado entre Argentina y España, posición respecto de la cual solo se tenía como antecedente el caso Ambiatelos[11].

---

[8] MONROY, María Clemencia, 2015. La cláusula de la nación más favorecida en los tratados bilaterales de inversión vigentes para Colombia y sus efectos de acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI, Universidad de los Andes: Revista de derecho público, No. 35, p. 12. ISSN. 1909-7778, Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub546.pdf

[9] DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph, 2008. Principles of International Investment law, New York: Oxford University Press, p.p. 433. ISBN. 9780199651795.

[10] Laudo arbitral del 13 de noviembre de 2000, en el caso ARB/97/7. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_Sp.pdf

[11] **Fallo del 1 de julio de 1952**, Grecia (en representación del armador Ambatielos) solicitó a la Corte que declarará que la reclamación presentada contra Reino Unido e Irlanda del Norte debía someterse a arbitraje, de acuerdo con los Tratados suscritos entre Grecia y Reino Unido de 1886 y 1926. La Corte

En el 2015 la UNCTAD[12] en la guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el desarrollo sostenible indicó que el trato de nación más favorecida debe ser considerado cuidadosamente, particularmente a la luz de la creciente red de AII de los países, que contienen diferentes obligaciones y acuerdos, inclusive en cuestiones pre – establecimiento. Destacando que, para eludir malas interpretaciones los AII han comenzado a excluir explícitamente cuestiones de solución de controversias y obligaciones asumidas con terceros Estados del alcance de la obligación de nación más favorecida, así como incluir otras opciones tales como limitar el alcance de la cláusula a través de reservas específicas para cada país.

Ahora, en lo referente a la consagración de cláusulas de prohibición de expropiación, con las mismas se tiende a mitigar la inseguridad y el riesgo que asume el inversionista por las actuaciones del Estado. Generalmente se acompañan de la obligación, en cabeza de este último, de indemnizar al inversionista que ha visto reducida su inversión[13]. Los AII establecen las condiciones para expropiar y sus consecuencias, las cuales en términos generales consisten en que la medida estatal esté justificada en el interés público y que no sea discriminatoria ni arbitraria. Incluso algunos tratados exigen explícitamente el respeto a la garantía del debido proceso, y que este acompañada de una pronta (sin dilaciones indebida) adecuada (valor del mercado) y efectiva (en moneda convertible) indemnización[14].

En el universo de los AII a partir de los tratados celebrados, los estudios de organizaciones internacionales y las sentencias de los tribunales arbitrales se habla de la existencia de dos tipos de expropiación: la directa y la indirecta o progresiva. Esta última, denominada de esta manera por algunos estudiosos de los tratados de inversión. En materia de derecho internacional y de las relaciones entre Estados el problema de la indemnización resulta de vital importancia debido a los antecedentes que muestran

---

decidió que no era competente para conocer del fondo de la reclamación, al considerar que el artículo 29 del Tratado de 1926, no tenía efecto retroactivo. Disponible en: https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf

[12] UNCTAD, 2015. Guía de acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible, Naciones Unidas, Ginebra, p. 51. Disponible en: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf

[13] GARCÍA, Laura, 2019, La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, v.12, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, p.p. 85-120. DOI: https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/7569

[14]CEPAL, 2010. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), Naciones Unidas, Santiago de Chile, p. 36. Disponible en: https://www.bivica.org/files/tratados-proteccion.pdf

cómo las expropiaciones y las nacionalizaciones han sido fuente de serios conflictos internacionales.

De otra parte, se dice que el "trato justo y equitativo" es un estándar amplio y ampliamente aceptado que abarca estándares fundamentales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad[15]. Se afirma que es un estándar absoluto o no contingente usado para proteger las inversiones extranjeras, en la medida, que establece un tratamiento a ser acordado en términos cuyo exacto significado deber ser determinado en referencia a circunstancias específicas de aplicación[16].

En los AII la cláusula de tratamiento justo y equitativo suele ser la más frecuentemente invocada en las controversias internacionales de inversión. El propósito de esta cláusula es llenar los vacíos que pueden dejar otros estándares específicos para que el inversionista pueda obtener el grado de protección otorgada por los AII. Numerosos casos han tratado de definir el concepto de trato justo y equitativo, pero la violación a este estándar es evaluada en cada caso particular. El concepto de trato justo y equitativo debe interpretarse a la luz de su significado ordinario, el derecho internacional y el principio de la buena fe[17].

Cabe destacar, que dado el contenido ambiguo en el texto de muchas de las cláusulas que contienen el estándar del trato justo y equitativo en los AII, los Tribunales en la interpretación del mismo, han terminado ampliando la protección del inversor. Ello se puede observar en disputas recientes, en donde los inversores invocando el trato justo y equitativo cuestionan una serie de conductas estatales que van desde alteraciones genéricas en la legislación del Estado receptor de las inversiones, decisiones de agencias del poder ejecutivo direccionadas, así como decisiones de cortes domésticas del país receptor[18].

Ahora bien, en cuanto a la interpretación del estándar protección y seguridad plenas, la mayoría de los Tribunales se oponen al textualismo, ya que consideran que las diferencias terminológicas entre las formulaciones del estándar son irrelevantes y no

---

[15] CIADI, 2004. MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Award, case n° ARB/01/7 May 25, 2004, par. 109

[16] MÁRQUEZ, Carlos, VILLEGAS, Lorenzo, 2009. Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho, Bogotá – Colombia, p.p. 155-180, ISSN: 1692-8156. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855

[17] CASTRO, María Natalia, 2017. El Estado Colombiano ante un arbitraje de inversión, Derecho del Estado, No. 38, Universidad Externado de Colombia, enero – junio de 2017, p.p. 26 – 66, doi: https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02

[18] BONNITCHA, Jonathan, SKOVGAARD, Lauge, WAIBEL, Michale, 2017. The political economy of the investment treaty régimen, New Yor, Oxfortd University Press, p.108. ISBN. 9780998719557.

afectan la interpretación y aplicación de la cláusula. La presencia o ausencia de adjetivos como "completo", "adecuado" y "más constante" no afectan el grado de protección que brinda el estándar. Así como tampoco, lo hace el poner "protección" antes que "seguridad" o viceversa, en general, se acepta que la variación del lenguaje en la formulación de la cláusula no supone una diferencia significativa en el nivel de protección que debe proporcionar un estado anfitrión[19].

A diferencia de lo que sucede con los convenios para evitar la doble imposición (CDI) en donde existen dos modelos ampliamente conocidos como lo son el modelo OCDE y el modelo ONU, respecto de los cuales se han elaborado varias actualizaciones y que cuentan además con comentarios de cada una de las cláusulas para facilitar su interpretación, con los AII no se ha sucedido lo mismo. Ha faltado consenso frente a las propuestas presentadas por las Organizaciones Internacionales que han pretendido la adopción de un convenio modelo para la suscripción de los tratados de inversión. Por ello, cumplen un papel importante las políticas públicas de los Estados para la atracción de IED, por lo que se realizará un análisis de las políticas del Estado Colombiano para la atracción de IED, la evolución de esta en las últimas décadas y los modelos adoptados para la negociación de AII.

Seguidamente, se estudiará en detalle uno a uno de los AII y de los capítulos de inversión contenidos en los TLC celebrados por Colombia con países de América, Europa y Asia, disposiciones comunes, aspectos destacables, variaciones y evolución en la redacción de los textos de las cláusulas de solución de controversias, expropiación y garantías.

También, se destinará un acápite del presente trabajo de investigación a la figura del control de constitucionalidad realizada por la Corte Constitucional a los AII celebrados por el Estado Colombiano. La característica más destacable de dicho control constitucional es el carácter automático, llevado a cabo con fundamento en lo dispuesto en el artículo 241 numeral 10[20] de la Constitución Política de Colombia. La Corte

[19] JUNNGAM, Nartnirun, 2018. The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured From?, American University Business Law Review. Washington D.C. Vol. 7, No. 1 (2018) p. 57. Available at: https://digitalcommons.wcl.american.edu/aublr/vol7/iss1/1

[20] Constitución Política de Colombia, 1991. **ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (…) **10.** Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá

Constitucional garantiza el principio de primacía de constitucional y define sobre la exequibilidad de los tratados internacionales suscritos por el Estado Colombiano y de las leyes que los aprueban. El carácter automático está encaminado a brindar una seguridad jurídica con respecto de la suscripción del tratado, de tal forma que no es necesario que un ciudadano ejerza la acción de inconstitucionalidad para solicitar su revisión

Así mismo, se analizarán otros AII suscritos por otros países de la región latinoamericana, con especial referencia a los acuerdos de Chile, Bolivia y Ecuador. Al igual que la "tensión" entre el derecho interno y el derecho internacional en relación con la protección de la inversión extranjera y el surgimiento de la cláusula Calvo y las cláusulas paraguas.

La doctrina Calvo surgió como un medio para restringir o eliminar el peligro de las intervenciones extranjeras, constituyéndose en el límite y salvaguarda que encontraron los Estados latinoamericanos frentes a las constantes amenazas europeas[21], Debe su nombre al diplomático argentino Carlos Calvo. Mientras que el primer antecedente de las cláusulas paraguas en un tratado de inversión latinoamericano, lo encontramos en el acuerdo de inversión suscrito entre Perú y Reino Unido en 1921[22], para permitir activar la competencia de un tribunal de arbitramento internacional como medio para dirimir conflictos con ocasión de la ejecución de contratos mineros en territorio peruano, estas cláusulas deben su nombre al autor Ignaz Seidl-Hohenveldern, quien las denominó así en los años sesenta.

Mientras la cláusula Calvo entró en desuso, debido en parte a la creación de convenciones y organismos internacionales para la solución de las controversias, las cláusulas paraguas siguen estando presentes en los AII negociados por los Estados de la región latinoamericana. Tanto así que se habla de la existencia de cuatro grandes grupos

---

intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#241

[21] TAMBURINI, F. 2002. HISTORIA Y DESTINO DE LA "DOCTRINA CALVO": ¿ACTUALIDAD U OBSOLESCENCIA DEL PENSAMIENTO DE CARLOS CALVO?. Revista de estudios histórico-jurídicos, (24), 81-101. Valparaiso, Chile. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005

[22] SUÁREZ, Leyre, 2012. La cláusula paraguas bajo el derecho de las inversiones como mecanismo de integración y generación de un derecho administrativo global. Universidad San Francisco de Quito, Quito, p. 19. Disponible en: https://docplayer.es/90882599-La-clausula-paraguas-bajo-el-derecho-de-las-inversiones-como-mecanismo-de-integracion-y-generacion-de-un-derecho-administrativo-global.html

de este tipo de cláusulas: cláusulas paraguas aparentemente restrictivas, cláusulas paraguas estándares, cláusulas paraguas restrictivas, y, cláusulas paraguas extremadamente abiertas.

Un capítulo del presente trabajo estará dedicado a desarrollar en detalle las reglas para la interpretación de los tratados de inversión, contenidas en el artículo 31 y siguientes de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, así como de las reglas no incluidas en dicha Convención. La interpretación siempre está presente cada vez que se ejecuta o aplica un tratado, puesto que todos los que aplican un texto lo interpretan, y siguen con este fin un cierto método[23], entre los que se distinguen tres tipos en materia de derecho internacional: el método textual, el método subjetivo y el método funcional. Lo anterior, sin dejar de lado que dentro del derecho internacional público como fuente principal de toda operación de interpretación existen dos principios fundamentales, el primero de ellos, es el *pacta sunt servanda*, y, el segundo, la buena fe.

Adicional a ello, se estudiará el procedimiento de acuerdo mutuo como mecanismo de interpretación de los tratados de inversión. Aclarando que no existe en el derecho internacional, una norma que determine la obligatoriedad de acudir a la negociación como medio de solución de controversias entre los estados o los sujetos de derecho internacional. Lo que, si existe, es la obligación de solucionar las controversias de modo pacífico, conforme a lo estipulado en la Carta de las Naciones Unidas.

En este acápite de la investigación explicaremos los requisitos de procedibilidad para acceder a los tribunales arbitrales, con especial referencia a los tres elementos establecidos por el CIADI para delimitar su competencia, como lo son: i) la calidad de las partes, ii) la naturaleza de la controversia, y, iii) el consentimiento de las partes.

Cerrando el capítulo dedicado a la interpretación de los tratados, se hará alusión a algunos de los casos más relevantes de arbitraje de AII llevados a cabo por el CIADI en donde estados de la región latinoamericana hacen parte de la controversia sometida al tribunal de arbitramento.

El último capítulo del trabajo de investigación se ocupará de tratar algunos de los aspectos controvertidos en la interpretación de los AII tales como los derechos humanos y el derecho internacional de las inversiones, demandas del inversor al estado receptor de la inversión, altos costos de defensa ante los tribunales arbitrales, exclusividad dada al inversor para demandar ante los tribunales arbitrales, laudos

[23] Ibid. Novak.

arbitrales inconsistentes, desequilibrio de los AII entre los estados receptores de la inversión y los estados de donde proviene la inversión, la efectividad de los AII en el incremento real de la inversión extranjera, aspectos controvertidos respecto de los cuales y producto de la investigación llevada a cabo se plantean alternativas de solución.

Finalmente, resulta pertinente indicar que la metodología utilizada en el desarrollo del trabajo es descriptiva – explicativa, y que las fuentes consultadas fueron textos jurídicos de las bibliotecas de Universidades en España y Colombia, artículos, laudos arbitrales del CIADI y jurisprudencia de los tribunales, así como la red de Acuerdos Internacionales de Inversión de la región latinoamericana y las páginas oficiales de los estados y entidades a cargo de la negociación y aplicación de los tratados de inversión.

CAPÍTULO I: ORÍGENES, NATURALEZA Y CONTENIDO DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN

Este capítulo tiene como propósito introducir al lector en el conocimiento de aspectos básicos relativos a los Acuerdos Internacionales de Inversión, a partir del análisis de los orígenes de este instrumento del Derecho Internacional, de su naturaleza y contenido, así como de las garantías y obligaciones comúnmente pactadas en cláusulas de tipo sustancial y procedimental, dentro de las cuales se destacan las de trato nacional, trato de nación más favorecida, prohibición de expropiación sin compensación, libre transferencia y los estándares internacionales mínimos.

Ante el incremento constante de la red de tratados en materia de inversiones, el estudio de los tipos de Acuerdos Internacionales de Inversión, resulta necesario para la comprensión de otros aspectos más complejos y controvertidos que se tratarán a lo largo de la presente investigación y que pretenden en la medida de lo posible, contribuir en la búsqueda de soluciones a los principales cuestionamientos y críticas que se les realizan a estos acuerdos, en un sistema cada vez más complejo, en donde tanto los inversionistas como los Estados receptores de la inversión, buscan proteger sus intereses amparados en las normas del Derecho Internacional.

1. Orígenes de los Acuerdos Internacionales de Inversión

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD[24] sostiene que en la evolución histórica de los Acuerdos Internacionales de Inversión (en adelante AII)[25] se distinguen dos etapas básicas a saber, la primera que empezó al término de la segunda guerra mundial y prosiguió hasta finales de los años ochenta, y la segunda etapa, que inició a finales de los años ochenta y perdura hasta nuestros días[26].

La primera etapa (1945 – 1989) caracterizada por una marcada pugnacidad en la comunidad internacional entre quienes respaldaban la instauración del libre comercio y pedían extender la protección de la inversión extranjera y la implementación del estándar de trato mínimo y los países en desarrollo que se negaban a reconocer este trato mínimo, con el argumento de que este solo buscaba proteger a los países desarrollados,

[24] La UNCTAD dentro de sus políticas de investigación y análisis, presta servicios de asistencia técnica y de mantenimiento de las bases de datos de los AII y de las controversias entre inversores y Estados.
[25] También denominados por algunos tratadistas como Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).
[26] NACIONES UNIDAS, 2008. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de desarrollo, Nueva York y Ginebra, p.p. 7-14, ISSN. 1819-9240. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

lo que dio lugar a que algunos países expropiaran los activos e inversiones extranjeras, cerraran sus economías y adoptaran políticas de sustitución de las importaciones[27].

En 1948, tuvo lugar un primer intento de establecer un marco multilateral de protección de la inversión durante las negociaciones de la Carta de la Habana[28], en donde se propuso incluir como parte del articulado, disposiciones que reconocieran la inversión extranjera, los derechos y compromisos de los estados miembros, de lo cual da cuenta la estipulación contenida en el artículo 12[29].

La Carta de la Habana no obtuvo el consenso necesario para su implementación, dando lugar a que en ese mismo año en una segunda reunión preparatoria realizada en Ginebra surgiera el denominado Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)[30], que incluyó muchas de las disposiciones que hicieron parte de la Carta de La Habana.

---

[27] GUTIÉRREZ HACES, María Teresa, SÁNCHEZ QUINTERO, Adelina, 2016. Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera. *Análisis de actualidad*. Norteamérica: Editorial: UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, número 2, páginas 116 a 134, DOI:10.20999/nam.2016.b005.

[28] Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, que tuvo lugar en La Habana, Cuba, del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948.

[29] Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y empleo, "Artículo 12. Inversión internacional para el desarrollo económico y la reconstrucción. 1. Los Miembros reconocen que: a) la inversión internacional, tanto pública como privada, puede ser de gran valor para fomentar el desarrollo económico, la reconstrucción y el consiguiente progreso social; b) la corriente internacional de capitales será estimulada en la medida en que los Miembros ofrezcan a los nacionales de otros países oportunidades para hacer inversiones y seguridad para las inversiones existentes y futuras; c) sin perjuicio de los convenios internacionales existentes en que fueren partes los Miembros, un Miembro tiene el derecho: i) de adoptar cualquier medida adecuada de protección que sea necesaria para asegurar que no se utilice la inversión extranjera como base de una intervención en los asuntos internos o en la política nacional de dicho Miembro; ii) de determinar si habrá de autorizar futuras inversiones extranjeras y, en su caso, en qué medida y bajo qué condiciones; iii) de prescribir y poner en vigor, en términos justos, las condiciones relativas al régimen de propiedad de las inversiones existentes y futuras; iv) de prescribir y poner en vigor cualesquiera otras condiciones razonables con respecto a las inversiones existentes y futuras; d) los intereses de los Miembros cuyos nacionales se encuentren en condiciones de proporcionar capitales para inversiones internacionales, así como los de los Miembros que deseen hacer uso de tales capitales para fomentar su desarrollo económico o reconstrucción, pueden promoverse si tales Miembros conciertan convenios bilaterales o multilaterales respecto a las oportunidades y seguridad que los Miembros estén dispuestos a ofrecer a las inversiones, así como a las limitaciones que estén dispuestos a aceptar en cuanto a los derechos citados en el inciso c). 2. En consecuencia, los Miembros se comprometen: a) con sujeción a las disposiciones del inciso c) del párrafo 1 y de cualquier convenio concertado conforme al inciso d) del párrafo 1, i) a ofrecer oportunidades razonables para las inversiones que estimen aceptables, así como garantías adecuadas para las inversiones existentes y futuras, y ii) a tener debidamente en cuenta la conveniencia de evitar discriminaciones entre las inversiones extranjeras; b) a petición de cualquier Miembro, y sin perjuicio de los convenios internacionales existentes en que fueren parte los Miembros, a efectuar consultas o a participar en negociaciones encaminadas a la conclusión de un convenio de la naturaleza de los indicados en el inciso d) del párrafo 1, si fuera mutuamente aceptable. 3. Los Miembros promoverán la cooperación entre empresas o inversionistas, nacionales y extranjeros, a fin de fomentar el desarrollo económico o la reconstrucción, en los casos en que, a juicio de los Miembros interesados, tal cooperación sea procedente". Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf

[30] Dicha Organización fue sucedida por la Organización Mundial del Comercio.

Posteriormente, en 1959 fue firmado el primer acuerdo bilateral para la inversión entre Alemania y Pakistán[31], al cual le siguieron otros tratados suscritos por Estados Unidos, Bélgica, Dinamarca, Francia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Suiza y Suecia[32], en su mayoría propuestos por la UNCTAD con el propósito de fortalecer la cooperación de los países en materia de inversión y brindar oportunidades de negociar convenios para evitar la doble imposición[33].

Los AII celebrados en esta etapa se distinguen por compartir tres características comunes: la primera, referida con la bilateralidad, en razón a que en su celebración concurrían dos países, la segunda, al nivel de desarrollo de los países partes, en la mayoría de los casos correspondían a un país desarrollado y un país en desarrollo, y la tercera, concerniente al tipo disposiciones pactadas, las cuales estaban dirigidas a la protección de las inversiones, y salvo contadas excepciones se ocupaban de la promoción de las mismas.

No obstante, el gran interés que tenían los países exportadores de capital en que se abriera una vía de solución de controversias internacionales donde los inversionistas privados pudieran auto representarse frente a un Estado[34], no sucedió en este período, debido entre otras cosas a la generalización del modelo sustitutivo de importaciones que se produjo en la postguerra y el proceso de descolonización observado en los años sesenta y setenta, que dieron lugar a disputas por la imposición de mayores restricciones a las inversiones y a la no aceptación de instancias extra – nacionales en caso de controversia entre los inversionistas de los países exportadores de capital y los países receptores de la inversión[35].

---

[31] Para tratadistas como Mantilla Sebastián, sus orígenes se remontan "al borrador preparado por Hermann Abs y Lord Shawcross, un banquero alemán y un jurista británico, en la década de 1950, como una herramienta para proteger capitales extranjeros en países en vía de desarrollo e incentivar la inversión en esos países". Acuerdos de inversión extranjera: un tema actual para Colombia, Revista Ámbito Jurídico, 2020. Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/comercio-exterior-y-aduanero/acuerdos-de-inversion-extranjera-un-tema

[32] En Latinoamérica el primer tratado de inversión fue el suscrito por Panamá y Estados Unidos en 1982.

[33]Realizando una remisión estrictamente histórica, se asegura que el primer acuerdo entre 2 países tendiente a la protección recíproca de inversiones se dio en 1782, cuando el presidente Benjamín Franklin firmó un tratado de amistad y comercio que contenía referencias directas a la protección de inversiones de los Estados Unidos en Francia y viceversa. CABEZAS, Víctor Daniel, 2019. Los derechos humanos y los TBI: contravías, colisiones e intersecciones, Iuris Dicto No. 23, Universidad Externado de Colombia, Junio 2019, p.p. 55-69, ISSN. 25-28-7834. Disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/1432-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4418-1-10-20190612%20(1).pdf

[34] NASSAR Guier, Edgar, 1994. La garantía internacional de inversiones. Relaciones internacionales, Costa Rica, vol. 48, No. 2, p.p. 41 – 47. Disponible en: https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/ri/article/view/7869/8820

[35] STANLEY, Leonardo E, 2004. Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente. Naciones Unidas - CEPAL, Red de inversiones y estrategias empresariales. Santiago de Chile, p.p. 158-159. ISBN: 92-1-92-1-322576-8. Disponible en:

Ahora bien, lo que sí se produjo durante la denominada primera etapa fue la celebración de importantes acuerdos regionales, entre países de la misma zona geográfica y con similar nivel de desarrollo económico, dentro de los que vale la pena destacar, los sucedidos en 1960 y que dieron lugar a la creación de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) y la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC).

La Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 1803 del 14 diciembre de 1962, en cuyo numeral 4[36] se señala una compensación en caso de expropiación o nacionalización, a la que le sobrevinieron similares resoluciones[37] que afianzaron el estándar de compensación apropiada o adecuada en casos de expropiación o nacionalización.

Después, en 1966 durante la Convención para Resolución de Disputas en Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del Banco Mundial, se creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), promovido por los directores ejecutivos del Banco Mundial con el objetivo principal de fomentar la inversión internacional, de dicho tratado multilateral hacen parte en la actualidad 163 países[38].

A su vez, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), presentó en 1967 un proyecto de Convención sobre la protección de los bienes extranjeros, el cual, si bien nunca fue ratificado por los Estados miembros, contribuyó a

---

https://www.cepal.org/es/publicaciones/4550-acuerdos-bilaterales-inversion-demandas-tribunales-internacionales-la-experiencia

[36] Resolución No. 1803 de 1962, "4. La nacionalización, la expropiación o la requisición deberán fundarse en razones o motivos de utilidad pública, de seguridad o de interés nacional, los cuales se reconocen como superiores al mero interés particular o privado, tanto nacional como extranjero. En estos casos se pagará al dueño la indemnización correspondiente, con arreglo a las normas en vigor en el Estado que adopte estas medidas en ejercicio de su soberanía y en conformidad con el derecho internacional. En cualquier caso, en que la cuestión de la indemnización dé origen a un litigio, debe agotarse la jurisdicción nacional del Estado que adopte esas medidas. No obstante, por acuerdo entre Estados soberanos y otras partes interesadas, el litigio podrá dirimirse por arbitraje o arreglo judicial internacional." Disponible en: https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/NaturalResources.aspx

[37] Dentro de las cuales se pueden mencionar, la Resolución No. 2158 de 1966, Resolución No. 2625 de 1970, Resolución No. 3016 de 1972, Resolución No. 3171 de 1973, Resolución No. 3201 de 1974 y Resolución No. 3281 de 1974.

[38] El CIADI prevé el arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados receptores mediante la conciliación, arbitraje o comprobación de hechos promoviendo la confianza mutua tanto así que, dicho organismo a la fecha ha tramitado 600 casos de esta naturaleza, según los datos oficiales publicados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/about/Database-of-Member-States.aspx

difundir la idea de que los países desarrollados debían dar una mayor uniformidad a la protección que garantizaban sus AII[39].

En los años setenta el ritmo de celebración de AII aumentó, una muestra de ello son los 166 acuerdos suscritos durante esa década y los 366 negociados en los años ochenta[40], destacándose como rasgo característico de esta etapa, el servir para sentar las bases del modelo básico de los AII, en tanto, estos acuerdos en su contenido incluían las disposiciones de trato nacional, trato de la nación más favorecida, trato justo y equitativo, compensación rápida, adecuada y efectiva en caso de expropiación, así como lo concerniente a la solución de controversias entre inversores y Estados, disposiciones a las que se ajustaron la mayoría de AII concluidos en las siguientes décadas.

La denominada segunda etapa (1989 a la actualidad), estuvo marcada por acontecimientos económicos y políticos que influyeron de manera importante en los AII, dentro de los que se cuentan la transición de la Unión Soviética del socialismo a una economía basada en el mercado, el crecimiento de las economías de Asia Oriental apoyadas en un modelo de exportación de bienes y servicios, así como la necesidad de los países de América Latina y África Subhariana de obtener tecnología y acceso a nuevos mercados, lo que dio lugar al establecimiento de un clima favorable a la inversión extranjera, en especial de los países en desarrollo que ante el fracaso del modelo proteccionista de sustitución de importaciones vieron en la inversión extranjera la oportunidad de tener acceso a capital y a un mercado global.

Consecuencia de esta atmósfera mundial en el ámbito de las inversiones, fueron los dos acuerdos conseguidos durante la Ronda de Uruguay[41], el primero denominado Trade Related Investments Measures (TRIM), referido a las medidas en materia de comercio a partir de pautas al momento del establecimiento, y el segundo, conocido

[39] NACIONES UNIDAS, 2008. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internaciones de inversión para el desarrollo, Nueva York y Ginebra, p. 10. ISSN. 1819-9240. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

[40] Según datos de la UNCTAD, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

[41]La Ronda de Uruguay debía terminar en Bruselas en diciembre de 1990, en el literal e) de las declaraciones de dicha Ronda, se señaló como objetivo "definir y aplicar la normativa GATT en campos que no eran exclusivamente comerciales: derechos de propiedad intelectual (TRIPS: trade related aspects of intelectual property) e inversiones ligadas al comercio internacional (TRIMS: trade related aspects of investment measures).

como General Agreement on Trade and Services (GATS), en lo referente a apertura en el sector de servicios[42].

A pesar del cambio de paradigma surgido en relación con las inversiones, los intentos por conseguir un Acuerdo Multilateral de Inversiones fracasaron, prueba de ello son las negociaciones adelantadas por la OCDE en los noventa, con el propósito de incluir disposiciones en materia de protección y liberalización para la inversión extranjera, situación que se repitió en la Ronda de Doha[43] y en las negociaciones adelantadas al interior del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), donde tampoco se consiguió un consenso sobre la materia. Si bien a la fecha no existe un tratado multilateral en materia de inversiones, ello no ha impedido que el derecho internacional de las inversiones se expanda durante los últimos años en variados segmentos, abarcando a países y regiones económicas, con sus particularidades y características, en la necesidad de contribuir al flujo de inversiones y mediante estructuras jurídicas de diverso tipo[44].

Cabe destacar, que durante esta segunda etapa si bien la suscripción de AII se generaliza, llama la atención la negociación de acuerdos bilaterales, regionales, interregionales y plurilaterales[45] que incluyen normas para facilitar y regular la inversión extranjera. Así mismo, tuvo lugar el surgimiento de una corriente crítica del modelo de protección y liberalización de las inversiones, que generó la revisión y denuncia de AII celebrados por varios países receptores de inversión, inconformes con los resultados obtenidos y con las condenas impuestas en arbitrajes internacionales[46].

Finalmente, tal y como se puede observar del recuento histórico realizado en el presente acápite, si bien los acuerdos internacionales de inversión surgieron relativamente hace poco en comparación con otras herramientas jurídicas del derecho internacional, ello no es óbice para desconocer la importancia e impacto de los mismos en el ámbito de las inversiones y del derecho internacional, lo cual es fácilmente

---

[42] OYARZUN De Laiglesia, Javier, 1993. Gatt, neoproteccionismo y Ronda de Uruguay, Cuadernos de Relaciones Laborales, Editorial Complutense, Madrid, No. 2, p. 173. Disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/33830-Texto%20del%20art%C3%ADculo-33846-1-10-20110610.PDF

[43] Celebrada por la OMC en 2001.

[44] KUNDMÜLLER Caminiti, Franz, 2009. Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el interés público, Revista de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 286. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14028

[45] Muestra de ello son la firma de TLCAN, MERCOSUR, NAFTA, entre otros.

[46] En América Latina son conocidos los casos de Ecuador, Bolivia y Venezuela, no siendo los únicos, Australia y Sudáfrica también lo hicieron.

contrastable si revisamos el número de tratados que sobre la materia se han suscrito, después de ese primer acuerdo que tuvo lugar entre Alemania y Pakistán en 1959.

2. Concepto y naturaleza de los Acuerdos Internacionales de Inversión

En el universo de los AII no existe una definición única del concepto de AII, en parte debido a la falta de una reglamentación global de la inversión extranjera, lo que ha dado lugar a que se concluyan AII bilaterales, regionales, intrarregionales, en lo que la UNCTAD ha denominado un sistema multifacético, que contiene disposiciones que se refieren específicamente a la inversión, pero también contienen otras que abordan cuestiones conexas, como el comercio de bienes, el comercio de servicios, la propiedad intelectual, las normas laborales o la protección del medio ambiente[47].

Algunos autores consideran que esta situación también obedece a la mutación de los alcances terminológicos del término "inversión", cuyo concepto se plasmó en los AII como el mecanismo instrumental idóneo para expresar la voluntad de los Estados a fin de establecer qué inversiones promover y proteger y el término de "inversión extranjera" se transformó en sinónimo de crecimiento económico y desarrollo, al que para conseguirlo los Estados recurrieron a soluciones unilaterales y bilaterales, ya sea modificando la legislación nacional, o suscribiendo AII [48].

Por ello, y teniendo en cuenta el reconocimiento del que goza a nivel mundial el CIADI en el arreglo de diferencias relativas a inversiones internacionales, resulta pertinente citar la definición de AII realizada por este organismo, según la cual los tratados de inversión son acuerdos relativos al trato por parte de un Estado de las inversiones realizadas por individuos o por compañías provenientes de otro Estado, los cuales se negocian de forma bilateral, multilateral y sectorial y pueden tratarse de un tratado autónomo o formar parte de un tratado de libre comercio[49]

En el mismo sentido, el profesor KUDMÜLLER[50] afirma que los AII vinculan a los países exportadores con los países importadores de inversiones o capital, en un plano bilateral de relaciones jurídico – económicas – internacionales, mediante el cual

[47] NACIONES UNIDAS, Op.cit., página 31.
[48] SOMMER, Christian G, 2013. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos, Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI, Bogotá, Vol.6, pp 95-130. ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493.
[49] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/Investment-Treaties.aspx
[50] KUNDMÜLLER Caminiti, Franz, 2009. Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el interés público, Revista de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 291. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14028

los Estados adquieren obligaciones internacionales en materia de derecho internacional de inversiones.

Otras definiciones del concepto AII, señalan que son tratados internacionales celebrados entre los Estados con el objetivo de atraer inversión extranjera directa hacia sus territorios, por medio de la creación de condiciones favorables que promuevan y protejan la inversión extranjera en los Estados receptores, creando un marco jurídico para la inversión extranjera directa, estableciendo un ambiente de protección, transparencia, seguridad y previsibilidad para los inversionistas extranjeros[51]

Si bien existe diversidad de definiciones del concepto AII, estos acuerdos comparten elementos o cláusulas comunes que los caracterizan, como lo son: el trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, trato de nación más favorecida, trato nacional, indemnización por pérdidas, expropiación, repatriación de inversiones y solución de controversias[52].

A las disposiciones contenidas en estas cláusulas, también se les ha denominado garantías, y autores como MANTILLA sostienen que pueden ser de dos tipos, el primer grupo, corresponde obligaciones de no discriminación frente a inversionistas nacionales (trato nacional) y otros inversionistas extranjeros (nación más favorecida), y el segundo grupo, concerniente a las garantías objetivas, cuyo incumplimiento no se establece mediante la comparación del trato otorgado a diferentes sujetos en condiciones similares, como lo son la plena protección y seguridad, así como el trato justo y equitativo[53].

Los AII como cualquier otra institución jurídica, son instrumentos que forman parte de una política interna del Estado, que complementan sus estrategias de desarrollo económico, por ello obedecen a una concepción de los Estados receptores de la inversión sobre la necesidad de ofrecer un marco estable, transparente y previsible para las inversiones de los Estados exportadores de capital, que junto a indicadores económicos y de estabilidad política, ofrezcan un clima apropiado para el

---

[51] CASTRO Peña, María Natalia, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión, Derecho del Estado No. 38, Universidad Externado de Colombia, enero – junio de 2017, p.p. 23-66, DOI: https//doi.org/10.18601/01229893.n.38.02.

[52] SACO, Víctor, TORRES, Pamela, 2018. ¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos, Agenda Internacional, año xxv, No.36, p.p. 217-233, ISSN. 1027-6750.

[53] MANTILLA Blanco, Sebastián, 2020. Acuerdos de inversión extranjera: un tema actual para Colombia, Revista Ámbito Jurídico No. 531, Legis, Bogotá, p.p. 14-15. Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/comercio-exterior-y-aduanero/acuerdos-de-inversion-extranjera-un-tema

establecimiento de inversiones extranjeras que contribuyan al desarrollo del Estado receptor[54].

A efectos del presente trabajo de investigación, y como lo detallaremos en el desarrollo del mismo no resulta acertado acoger una única definición o concepto del término AII, en tanto, desde su surgimiento esta "volatilidad" o si se quiere "indeterminación" no solo del término AII, sino también de otros íntimamente ligados a él como lo son "inversión" e "inversionista", le han permitido adaptarse y encajar con las dinámicas globales que en materia de inversión tienen la particularidad de no ser estáticas sino de estar en permanente cambio y adaptación.

2.1. Relevancia socio - económica y política de las inversiones.

Como bien lo comunica la Comisión de la Unión Europea a sus estados miembros, la inversión extranjera es esencial para nuestro crecimiento económico, competitividad, empleo e innovación. Muchas empresas europeas están plenamente integradas en las cadenas de suministro mundiales, que es necesario mantener en funcionamiento[55].

Ahora, siendo un factor relevante para el desarrollo de las economías, las inversiones internacionales son de suma importancia en el marco de la aldea global, toda vez que, puedan considerarse como un medio para transferir tecnología; consiste en una transferencia de valores, no solamente dinero, sino elementos que constituyen el capital en su entendimiento más complejo como factor de producción de valor para las sociedades y desarrollo.

En ese sentido, para las naciones menos desarrolladas, implican liquidez, por una parte, pero más importante, recepción de conocimiento técnico y productivo proveniente de sociedades que han logrado mejores condiciones de vida para su población, como España que:

> "es una moderna economía basada en el conocimiento, donde los servicios representan casi el 75% de la actividad empresarial, siendo un centro internacional de innovación favorecido por la existencia de una población joven, altamente cualificada, con carácter proactivo, y que

[54] MIRANDA Ampuero, Ana A, 2007. Trato nacional, trato de la nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión, publicación digital, XXXIV curso derecho internacional. p.331. Disponible en: https://search.oas.org/en/pages/default.aspx?k=Miranda%20Ampuero%20ana

[55] Europea, C, 2020. COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA (2020/C 991/01). *Diario Oficial de la Unión Europea*, *Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países*, *así como la protección de los activos estratégicos de Europa*, *antes de la aplicación del Reglamento*, p.p. 1–5.

ofrece unos costes competitivos en el marco de la Europa Occidental, especialmente en el caso de los titulados superiores"[56].

Lo anterior, a partir de la inclusión de mejores prácticas que terminan por permear con frecuencia todos los ámbitos de la sociedad.

En este aspecto resulta en un mecanismo más idóneo y eficiente para la transferencia que el comercio, local e internacional; mientras el comercio pueda entenderse como el intercambio de bienes y servicios, su dinámica obedece a una lógica de consumo, es decir, de satisfacción de necesidades de alguna clase, por lo cual, su objetivo dista de obtener el conocimiento o la tecnología o las mejores prácticas contenidas en el bien o servicio que se consume.

Cosa similar ocurre con los servicios esenciales, no obstante, medie el Estado bajo rigurosos esquemas de regulación en su prestación. Al respecto, la Organización Mundial del Comercio, expone:

> "La producción y distribución de servicios, al igual que cualquier otra actividad económica, está destinada en última instancia a satisfacer la demanda individual y las necesidades sociales. Este último elemento –las necesidades sociales– es particularmente importante en sectores como la salud o la educación que, en muchos países, por no decir en todos, son consideradas como una responsabilidad estatal esencial. Están sometidos a una estricta reglamentación, supervisión y control. Aunque los conceptos de la política social, con inclusión de la equidad y el acceso universal, no suponen forzosamente que los gobiernos actúan también como productores, las empresas de servicios públicos han sido tradicionalmente, y siguen siendo, los principales proveedores de servicios como los de salud y educación en la mayoría de los países" [57].

Distinta naturaleza comporta la creación de valor, objeto de la inversión, sin embargo, la importancia de aquellos dos sectores radica precisamente en eso, en satisfacer las necesidades que los seres humanos requieren satisfacer en lo cotidiano.

Finalmente, es a partir de la inversión que se genera comercio y se prestan servicios, que, bajo modelos de negocio exitosos, generarán satisfacción de necesidades y acumulación de capital para invertir nuevamente en una lógica de círculo virtuoso favorable para el desarrollo a partir de la generación y distribución de la riqueza, o del capital.

En ese orden, algunas cifras del Fondo Monetario Internacional, publicadas por el Banco Mundial, permiten darle magnitud al asunto en lo que a Colombia respecta;

---

[56] ICEX, Gobierno de España, Ministerio de Industria Comercio y Turismo, Invest In Spain, & Garrigues, 2020. *Guía de Negocios en España*, p.p. 1–23.

[57] ORGANIZATION, W. T. (s/f). *AGCS - REALIDAD Y FICCIÓN*. Recuperado el 22 de agosto de 2022, p.3. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsfacts1004_s.pdf .

reporta para el año 2021 una cifra negativa de -6,04 mil millones de USD a precios actuales de IED neta para Colombia. Para 2020, la entrada neta de capital formó un 2,8% del PIB, teniendo para el mismo año en la balanza de pagos, como salidas netas, un monto de 1,66 mil millones de USD a precio actual. En cuanto a las exportaciones de bienes y servicios, la balanza de pagos de Colombia, en el 2020, presenta un valor de 38,15 mil millones de USD, mientras las exportaciones de servicios TIC, se observan, por los 534.428.741 USD.

Estas cifras representan una disminución frente al año inmediatamente anterior, sin embargo, se encuentran relacionadas con la desaceleración en el crecimiento de la economía mundial dada la crisis consecuencia del aislamiento.

Bajo estas condiciones, que son generalizadas para América Latina, la importancia de la IED se incrementa. Capitales para arriesgar en países menos desarrollados, durante un periodo de desaceleración y recesión, no resulta en un estímulo atractivo, por lo cual, el inversor ha de ser más selectivo y restringido en sus opciones. Entonces, resulta fundamental la generación de confianza.

2.2. Marco jurídico internacional, regional y europeo de las inversiones

El marco jurídico internacional de las inversiones se compone principalmente de los instrumentos de negociación entre los Estados y los inversionistas. Esto genera la imposibilidad de referirse a una única norma que regule la actividad inversionista, sin embargo, puede decirse que la articulación normativa permite identificar conexiones que generan un tejido jurídico al cual acudir en caso de ser necesario adecuar, corregir o juzgar la conducta de los agentes.

Este tejido, además de los AII, se compone también de los instrumentos de protección de los derechos humanos, y, finalmente, de los instrumentos que permiten la evaluación jurídica de las conductas y la efectividad de las decisiones respectivas como, por ejemplo, el Convenio CIADI de arbitraje y el reglamento de la CNUDMI.

En el marco de su histórica cooperación, la Unión Europea se rige por el Reglamento 452/2019, el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) para miembros de la OMC y el Tratado de Lisboa, no obstante, se reconoce independencia de los Estados para dar su regulación en cuanto a mecanismos nacionales de control de las inversiones y arbitraje, entre otros asuntos de cooperación se refiere. Aun así, se considera que hay

homogeneidad en la mayoría de los criterios sobre calificación y evaluación de inversiones y las disputas que se generen en relación con ellas.

Al respecto, la Comisión Europea dice que:

> "Sin cuestionar la apertura de Europa a la IED, el Reglamento desempeña una función importante en casos excepcionales en los que los inversores extranjeros tratan de adquirir activos esenciales para nuestros intereses fundamentales. El Reglamento ha dotado a la UE de un marco y de criterios comunes para detectar los riesgos relacionados con la adquisición o el control de activos estratégicos, lo que puede suponer una amenaza para la seguridad o el orden público. Además, instaura un marco de cooperación entre los Estados miembros y la Comisión. Esto sirve de base para la evaluación de la IED en los Estados miembros y facilita la decisión final del Estado miembro en el que se haya previsto o realizado la IED.[58]

No obstante, se requiere de controles previos sobre las inversiones con el fin de salvaguardar el orden y la seguridad públicos, tanto para el país como para los demás Estados miembros de la Unión, existiendo acuerdo para cooperar entre ellos cuando la inversión amenace el mercado único. Así, la Comisión de la Unión Europea expone:

> "Dado el alto grado de integración entre los mercados de los Estados miembros de la UE, las cadenas de suministro interconectadas y las infraestructuras comunes entre los Estados miembros, **una inversión extranjera podría suponer un riesgo para la seguridad o el orden público más allá del Estado miembro en el que se realice la inversión**. Una tecnología, un insumo o un servicio proporcionado por una empresa establecida en un Estado miembro puede ser crítico para la seguridad o el orden público de otro Estado miembro o para un proyecto de interés para la Unión".[59]

Con el fin de controlar amenazas en el mercado interno, el Reglamento permite que tanto la Comisión como otros Estados participen del control sobre las inversiones.

En el mercado interior europeo, los riesgos creados por una inversión no se detienen necesariamente en las fronteras del Estado miembro en el que esta se realiza. Por ello, el Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas no solo contempla la posibilidad de que la Comisión emita su dictamen sobre una inversión específica, sino que otros Estados miembros distintos de aquel en el que tiene lugar la inversión también puedan solicitar información y formular observaciones[60].

Las restricciones a los movimientos de capitales deben estar justificadas y perseguir objetivos legítimos como la protección ante una amenaza real y grave del orden público, la seguridad y la salud públicas. Así mismo, su protección justifica el uso

---

[58] COMISIÓN EUROPEA, 2021. Preguntas frecuentes sobre el Reglamento (UE) 2019/452, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.
[59] Ibidem. Comisión Europea (2021)
[60] Ibídem. Comisión Europea, (2021)

de medidas regulatorias menos restrictivas para garantizar la independencia en el suministro de bienes y servicios estratégicos[61]. Un trato diferencial anuncia la Comisión a los países no pertenecientes a la UE.

Por último, cabe señalar que, en el análisis de la justificación y de la proporcionalidad, las restricciones a los movimientos de capitales hacia y desde terceros países tienen lugar en un contexto jurídico diferente en comparación con las restricciones a los movimientos de capital en el seno de la UE. Por consiguiente, en virtud del tratado, pueden admitirse motivos de justificación adicionales en el caso de restricciones sobre operaciones que impliquen a un tercer país. Los motivos admisibles de justificación también pueden interpretarse de forma menos restrictiva[62].

Por su parte, España regula la IED bajo la Ley 19/2003 y el Real Decreto 664 de 1999. Básicamente, el cometido de la normatividad, nacional e internacional, sigue un sentido de liberación de la economía y del movimiento libre los capitales a través del globo. Es excepcional la prohibición y la limitación.

Las normas comunitarias podrán prohibir o limitar la realización de ciertas transacciones, así como los correspondientes cobros, pagos, transferencias bancarias o variaciones en cuentas o posiciones financieras, respecto de terceros países.[63]

Por lo cual, en virtud de la autonomía antes mencionada el gobierno español también podrá imponer prohibiciones o limitaciones, respecto a un Estado o un grupo de ellos, un territorio o un centro extraterritorial, o suspender el régimen de liberalización para ciertos actos, negocios, transacciones u operaciones. No obstante, debe señalarse que la aplicación de las citadas prohibiciones y limitaciones está prevista únicamente para supuestos de especial gravedad.[64]

3. Tipos de Acuerdos Internacionales de Inversión

Cuando hablamos de AII, también se entienden incluidos dentro de dicho término los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio (en adelante TLC) y los acuerdos bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante TBI). En el presente acápite se hace especial referencia a estos tipos de Acuerdos, pues si bien, tanto los TBI como los TLC buscan ofrecer garantías a las inversiones, cada uno

[61] Ibid
[62] Ibid.
[63] ICEX, 2020. Gobierno de España, Ministerio de Industria Comercio y Turismo, Invest In Spain, & Garrigues. Guía de Negocios en España. p.p. 1–23.
[64] Ibídem.

goza de características especiales, que los hacen particulares y los distinguen uno del otro.

En el caso de la Región Latinoamericana, desde las negociaciones del TLC de Norte América (NAFTA) en 1991, proliferan los acuerdos comerciales Norte – Sur, entre las críticas más usuales que han recibido se encuentran la asimetría de posiciones con que los países en desarrollo llegan a negociar con potenciales socios más ricos, la liberalización selectiva de sectores económicos de ambos lados y la desviación de comercio que generan[65], así como quienes sostienen que los TLC profundizan la tendencia que ha caracterizado a los países latinoamericanos en el marco de las regulaciones previstas por la Organización Mundial del Comercio – OMC, pues en su pugna por atraer inversión extranjera desregulan los controles sobre el capital, flexibilizan las leyes laborales y ambientales, y aumentan la protección a los inversionistas[66].

Es importante recordar que en la década del 90, tuvo lugar el denominado Consenso de Washington[67], que contenía un conjunto de reglas o recomendaciones[68] creadas para orientar a los gobiernos de los países en desarrollo y a los organismos internacionales en el diseño de políticas económicas que impulsaran el desarrollo, dentro de ellas se encontraba la apertura a la entrada de inversiones extranjeras directas, además de medidas en relación con la liberalización comercial, garantía de derechos de propiedad, liberalización financiera, disciplina presupuestaria, entre otras.

---

[65] ARÉVALO, Julián, 2010. Acuerdos de comercio preferencial: más allá del libre comercio, Revista de Economía Institucional, Universidad Externado de Colombia, Vol.12, No. 23, segundo semestre – 2010, Bogotá, p.p. 377- 382. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2535

[66] MEJÍA, R, A, Joaquín, 2009. Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista CEJIL – Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Año IV, No. 5, diciembre 2009. p.p. 1-12. Disponible en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/RevistaNro5_completa_0.pdf

[67] Formulado y bautizado así por John Williamson, para hacer referencia al conjunto de instituciones que apoyaban al consenso.

[68] Las 10 recomendaciones básicas de política económica aplicables a las economías en desarrollo, del Consenso de Washington, fueron: 1. Disciplina fiscal, en cuanto a reducir y evitar grandes déficits en las cuentas públicas. 2. Fiscalización del gasto público en subsidios dirigidos a los más pobres incluidos aquellos destinados a la salud primaria y a la educación escolar y en infraestructura, descartando subsidios universales. 3. Ampliación de la base tributaria, aplicación de un impuesto al valor agregado y reducción de las tasas marginales del impuesto a la renta. 4. Tipos de cambio competitivos. 5. Apertura del comercio internacional con particular énfasis en la eliminación de las restricciones no arancelarias a las importaciones (cuotas, depósitos previos, tipos de cambios múltiples) y en la aplicación de aranceles bajos y parejos. **6. Apertura a la inversión extranjera.** 7. Privatización de empresas públicas. 8. Desregulación de mercados, fomentando la libre competencia con especial cuidado de no desechar regulaciones prudenciales a los mercados financieros y otras a favor de la protección del medio ambiente. 9. Liberalización de las tasas de interés. 10. Fortalecimiento de los derechos de propiedad (certeza jurídica). Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000300003

Para algunos autores, el Consenso de Washington marcó un momento decisivo de los asuntos económicos mundiales, cuyos problemas fundamentales radicaron en cuatro áreas a saber: su concepto restringido de estabilidad económica, su falta de atención al papel que pueden cumplir las intervenciones de política en el sector productivo para inducir la inversión y acelerar el crecimiento, su inclinación a sostener una visión jerárquica de la relación entre las políticas económicas y sociales y su tendencia a olvidar que son los ciudadanos quienes deben elegir las instituciones económicas y sociales que prefieren[69].

Sin embargo, como lo afirma MORANDÉ[70] las reformas de los noventa que se dieron en línea de las propuestas del Consenso de Washington fueron en su conjunto buenas para la región, pero se requiere propiciar consensos nacionales, regionales y acuerdos globales que permitan a los países de América Latina aumentar el crecimiento económico, la generación de empleo, inversión y una mayor recaudación tributaria.

El panorama actual del comercio internacional en América Latina, y de manera puntual el de los TLC y los TBI negociados por los Estados de la región, ha cambiado en relación a la etapa vivida en la década del noventa, en tanto, si bien los Estados continúan suscribiendo acuerdos internacionales buscando principalmente atraer de inversión extranjera directa y aumentar el comercio entre los países signatarios, tratados como el TLCAN se han visto amenazados por la visión de primero América (América First) de la actual administración de los Estados Unidos, que busca entre otras cosas debilitar el mecanismo de solución de controversias contenido en el capítulo XI del TLCAN, por considerar que transgrede su soberanía, expresando su deseo de modificarlo anteponiendo la protección a su soberanía con el objeto de debilitar la protección de la inversión estadounidense que se realice en el territorio de los otros Estados parte, a fin de disuadir los flujos de inversión extranjera directa[71].

No obstante lo anterior, entidades como la Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL que anualmente analiza los flujos de inversión extranjera

---

[69] OCAMPO, José Antonio, 2005. Más allá del Consenso de Washington: una agenda de desarrollo para América Latina, CEPAL – Naciones Unidas, México D.F., p.p. 5-31. ISSN. 92-1-322650-0. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4945/1/S050152_es.pdf

[70] MORANDÉ, Felipe, 2016. A casi tres décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina?, Estudios Internacionales, Vol. 48, No. 185, Santiago de Chile. ISSN. 0719-3769. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000300003

[71] DE LA MORA, Luz María, 2018. Hacia dónde se dirige el régimen de comercio internacional y sus implicaciones para América Latina, CEPAL, Ciudad de México, p.p. 22-33. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43621/1/S180599_es.pdf

en América Latina y el Caribe, en el último informe[72] destacó que por primera vez en cinco años las entradas de inversión extranjera fueron superiores a las del año anterior (13,2%), lo que en parte obedeció al impacto de la reforma tributaria en los Estados Unidos, pero advirtió que en el contexto internacional y las perspectivas globales de los flujos de inversión muestran que flujos elevados de inversión extranjera directa no garantizan por sí solos un aporte a la diversificación productiva de la región y al crecimiento de largo plazo, por lo que señala que las políticas deben orientarse a atraer el tipo de inversión que contribuya a formar capital de conocimiento y avanzar en el cambio hacia patrones de producción, energía y consumo sostenibles.

Si bien es cierto los estudios y análisis realizados acerca del impacto y efectos de los TLC y TBI en la atracción de inversión extranjera directa presentan datos interesantes, como por ejemplo que la suscripción de TBIs no es una condición necesaria para recibir este tipo de inversión, prueba de ello es la existencia de Estados con pocos TBIs suscritos que a pesar de ello, ocupan los primeros lugares a nivel mundial en recepción de flujos de inversión, como lo es el caso de Brasil en la región Latinoamericana[73].

En el proceso de globalización e integración económica los TLC y los TBIs hacen parte integral e importante del mismo, y si bien siempre existirá dualidad entre partidarios y detractores de este tipo de tratados internacionales, el presente trabajo de investigación no busca detenerse en ello, sino que centra el estudio en la garantías y estándares pactados en relación con la promoción y protección de la inversión extranjera por estos instrumentos internacionales, por lo que a continuación, se detallarán la definición, características, categorías y finalidad de los mismos, antes de proseguir con el análisis de las cláusulas de tipo sustancial y procedimental.

3.1. Tratados de Libre Comercio

Para empezar, es necesario precisar que los TLC son convenios comerciales que se firman entre dos países o entre un país y un grupo o unión de países, con el objeto de

[72] COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, 2019. La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe (LC/PUB.2019/16P), Santiago, p.11. ISBN. 978-92-1-122022-3. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/44697-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2019

[73] DÀVILA, Jimena, JARAMILLO, Camilo, 2015. Efecto de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos Comerciales y Tratados Bilaterales de Inversión sobre los flujos de inversión extranjera directa: un análisis para América Latina entre 2001 – 2014, Universidad EAFIT, Medellín – Colombia, p.p. 4-21. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8361/JimenaAlejandra_DavilaBarragan_Camilo_OrozcoJaramillo_2015.pdf?sequence=2

incrementar su comercio internacional de bienes y servicios y mejorar sus relaciones comerciales y financieras mediante: la disminución de los trámites burocráticos en lo pertinente a las exportaciones e importaciones entre los países firmantes del convenio, la eliminación de los impuestos aduaneros, el incremento anual paulatino de las cuotas de importación de algunos productos, especialmente los agrícolas, y algunas veces, la eliminación de la visa para los ciudadanos de los países firmantes del convenio comercial[74].

Cabe destacar, que los TLC son instrumentos que pretenden mucho más que la simple eliminación de gravámenes o aranceles, en tanto, la suscripción del tratado no significa, que de manera automática se abren las fronteras comerciales de los países involucrados. Normalmente pensamos, por ejemplo, que un tratado de libre comercio implica que los bienes que salen de un país se montan en un barco hacia otro país y entran sin restricciones arancelarias, lo cierto es que estos acuerdos contemplan mecanismos que les permiten a los países adaptar sus estructuras productivas e institucionales a la realidad comercial que deben asumir. De hecho, en materia de bienes se admite el uso de salvaguardias, políticas antidumping y medidas compensatorias para proteger el aparato productivo nacional[75].

Se suele señalar como principal diferencia entre los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones y los TLC, que estos últimos son más liberalizadores, pues en ellos no sólo se respetan las inversiones una vez que éstas hayan ingresado, sino que también se garantizan derechos de acceso a las inversiones de la otra parte (fase pre-establecimiento) a través de la aplicación de los principios de trato nacional, y de nación más favorecida[76].

Del mismo modo, se afirma que los capítulos de inversión de los TLC tienen un mayor nivel de amparo al permitir que ciertas garantías y derechos sean efectivos antes de constituir la inversión en el Estado receptor, estas prerrogativas se materializan por ejemplo al incluir compromisos no discriminatorios o relacionados con el acceso a la

---

[74] VAN DEN BERGHE, Edgar, 2014. Tratados de libre comercio, retos y oportunidades, Ecoe ediciones, Bogotá, p.p. 4. ISSN. 9789587710786. Disponible en: https://www.ecoeediciones.com/wp-content/uploads/2015/08/Tratadosde-libre-comercio-1ra-edici%C3%B3n.pdf

[75] GÓMEZ, Hernando José, 2004. El TLC: una agenda compleja. Revista Escuela de Administración de Negocios, No. 51, p.p. 7-15. ISSN: 0120-8160. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=206/20605102

[76]RODAS, Mauricio, 2003. Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile, Naciones Unidas – CEPAL, Santiago de Chile, p.p. 15-19. ISSN. 92-1-322315-3. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5777/S0312934_es.pdf?sequence=1

economía de cada nación, lo que permite que sean más explícitas las restricciones que el Estado se reserva[77].

Por regla general, estos capítulos protegen a las inversiones antes de establecerse en el territorio de la otra parte, además de señalar compromisos de consolidación de la legislación vigente de los Estados parte relativas a inversiones, estableciendo una obligación de listar las medidas vigentes disconformes con las disciplinas negociadas en el capítulo y con el compromiso de entender incorporado en el Acuerdo automáticamente cualquier liberalización posterior de la legislación. Adicionalmente, los TLC desarrollan el concepto de expropiación indirecta e incorporan nuevos elementos, no contemplados en los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones, tales como la prohibición de alguna exigencia de nacionalidad para altos ejecutivos, así como la prohibición de establecer requisitos de desempeño a la inversión extranjera[78].

Si bien es cierto, la finalidad en teoría del TLC es la de profundizar la división del trabajo entre los distintos países, a fin de que puedan aprovechar sus ventajas relativas en el mercado, eliminando los aranceles para poder producir más con los recursos existentes[79], cada vez el número de detractores frente a las bondades estos tratados y los beneficios que de ellos se derivan para uno de los Estados parte del acuerdo, va en aumento.

De ello, dan cuenta autores como GÓMEZ[80], para quien lamentablemente la teoría no describe adecuadamente lo que realmente sucede, que es básicamente que el mercado no funciona tan bien como se prescribe y que en el mismo contenido del TLC se presentan imperfecciones o fallas que limitan la plena competencia, indicando que las razones de este escepticismo son dos fundamentalmente: primera, el mercado no es tan libre como se predica en el enunciado del acuerdo; segunda, la competencia es asimétrica entre las dos naciones, lo que hace improbable el cumplimiento de las

---

[77] CASTRO Peña, María Natalia, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión, Derecho del Estado No. 38, Universidad Externado de Colombia, enero – junio de 2017, Bogotá, p.p. 23-66, DOI: https//doi.org/10.18601/01229893.n.38.02.

[78] MONARDES V, Rodrigo, 2009. Las cláusulas paraguas internacionales de inversiones, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Santiago de Chile, p.p. 22-23. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110985

[79] GIRALDO I, Francisco, 2006. Antecedentes y posibles ventajas y desventajas del Tratado de Libre Comercio – TLC para un país como Colombia. Apuntes el Cenes 26 (42), p.p. 85-110. ISSN: 0120-3053. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=4795/479548749006

[80] GÓMEZ, Hernando José, 2004. El TLC: una agenda compleja. Revista Escuela de Administración de Negocios, No. 51, p.p. 7-15. ISSN: 0120-8160. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=206/20605102

bondades de la teoría, no por error de la misma, sino fundamentalmente por el incumplimiento de sus supuestos (competencia perfecta e igualdad de condiciones y oportunidades).

Ahora, siempre al hablar de TLC resulta útil no perder de vista la relación de estos instrumentos con la globalización, en tanto, lo que hace posible la globalización es la reducción gradual o eliminación progresiva de los obstáculos al libre comercio de bienes y servicios, movimientos de capital, tecnologías y personas entre distintos países[81], ello sin olvidar que la integración económica de la globalización no es total ni completa, es imperfecta, tal y como lo advierte KRUGMAN[82] para quien no hay perfecta movilidad de los recursos, ni de los bienes y servicios que se producen en el mundo, por dos razones principales: la primera, debido a las restricciones comerciales que persisten entre los países, diferentes a las barreras arancelarias, la segunda, la división del mundo en bloques financieros y comerciales al interior de los cuales se presenta mayor libertad comercial.

Otro punto a destacar, es que los TLC adoptan el mecanismo de solución de controversias que es propio de los AII[83], según el cual en el evento de presentarse una disputa, los inversionistas pueden exigir de manera directa el cumplimiento de las normas de inversión pactadas en el tratado, acudiendo a un tribunal internacional de arbitramento, aspecto fuertemente criticado por los detractores de este instrumento internacional, para quienes el Estado en caso de ser demandado por un inversionista extranjero queda sometido directamente a la competencia del tribunal internacional de arbitramento, lo que significa una limitación, que abre la puerta para el desconocimiento de la jurisdicción nacional, en detrimento de los derechos a la igualdad y al debido

---

[81] GIRALDO, Francisco, 2006. Antecedentes y posibles ventajas y desventajas del Tratado de Libre Comercio – TLC para un país como Colombia, Revista Apuntes CENES, Vol. 26, No. 42 julio – diciembre, p.p. 85 – 110, ISSN. 0120-3053. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/Dialnet-AntecedentesYPosiblesVentajasYDesventajasDelTratad-4829072%20(1).pdf

[82] KRUGMAN, Paul, 1994. Inestabilidad de la tasa de cambio, Editorial Norma, Bogotá, p.p. 12-139. ISBN. 9580414807.

[83] Un ejemplo de ello, lo podemos observar en el TLC suscrito entre Colombia y los Estados Unidos, en el artículo 21.22 que establece: "Medios alternativos para la solución de controversias: 1. En la mayor medida posible, cada parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias internacionales entre particulares en el área del libre comercio. 2. A tal fin, cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias. 3. Se considerará que una parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1975.". Disponible en: http://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/Capitulo-Veintiuno_1.pdf

proceso, además de destacar, que la práctica ha demostrado que los arbitrajes en el ámbito privado no son orientados por el principio de prevalencia del interés público[84].

Sobre el sistema de protección a los inversionistas extranjeros consagrado en el mecanismo inversionista – Estado de los TLC, la jueza O´Connor afirmó que el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica reserva a los juzgados federales la potestad de decidir casos y controversias y el Congreso no puede delegar a otro Tribunal los atributos esenciales del poder judicial[85].

La protección brindada a los inversionistas en los TLC y en los AII es y seguirá siendo un punto de debate y controversia entre quienes consideran que es excesiva y va en detrimento de los Estados, que se ven abocados a condenas e indemnizaciones millonarias impuestas por Tribunales de arbitramento y entre quienes consideran que el sistema de protección es fundamental para que se cumpla el objeto buscado con la suscripción de estos instrumentos internacionales, como lo es la atracción de inversión extranjera directa.

3.2. Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones

El surgimiento de los Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante APPRI) se dio como consecuencia de la necesidad existente por parte de los países industrializados en la década de los sesenta y setenta, de contar con condiciones de seguridad y estabilidad que les brindara protección a las inversiones que planeaban realizar en países en vías de desarrollo, sin quedar expuestos a eventuales nacionalizaciones como consecuencia del ambiente de inestabilidad político propio de estas naciones para la época.

De ello dan cuenta autores como LIZARAZO[86] quien afirma que el contexto económico del surgimiento de los APPRI fue el nuevo orden económico internacional que inició en los sesenta y se consolidó en el setenta, a raíz de las amenazas a que estaban confrontados los países exportadores de inversión frente a la avalancha de

[84] RODRIGUEZ, Cesar, RODRÍGUEZ, Diana, 2007. ¿Es constitucional el TLC?, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia, Bogotá, p.p. 1 – 16. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2008/08/Es-constitucional-el-TLC.pdf

[85] BOTTARI, Mary, WALLACH, Lori, 2005. Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados – Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, Public Citizen, Washington, p.p. 12-113. Disponible en: https://www.citizen.org/wp-content/uploads/chapter_11_spanish_final1.pdf

[86] LIZARAZO R, Liliana, 1997. Acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión (APPI) en la inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico. Universidad Sergio Arboleda, Editor: Philippe De Lombaerde, Bogotá, p.p. 93 y ss. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/259827732_Acuerdos_bilaterales_de_promocion_y_proteccion_a_la_inversion_APPI

nacionalizaciones, situación ante lo cual buscaron proteger la inversión directa que proyectaban realizar en países en vía de desarrollo mediante un mecanismo de obtención de garantías mínimas a las inversiones dentro de un ambiente jurídico seguro.

Ahora bien, al buscar una definición de los APPRI encontramos que son aquellos tratados celebrados por escrito entre Estados y regidos por el Derecho Internacional, que contienen un conjunto de normas destinadas a ser cumplidas por los Estados parte del Tratado y cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro país miembro, generando así obligaciones para los Estados y derechos para los inversores[87].

Sobre el objeto de los APPRI y su estructura, al analizarlos se observa que se centran en proveer a la inversión extranjera condiciones seguras que permitan, en alguna medida, generar un ambiente de confianza para los inversionistas, así como la reducción de los riesgos políticos que pueden influir en los procesos de inversión constituye, de una u otra forma, la finalidad de tales acuerdos[88].

Frente a la protección jurídica que brindan los APPRI, la misma se entiende materializada en la seguridad que brinda al inversionista de no ser discriminado en razón a su nacionalidad, con respecto a los nacionales del país receptor de la inversión (Trato Nacional) o con respecto a inversionistas de terceros países (Trato de Nación Más Favorecida), la seguridad de recibir un trato justo y equitativo, y seguridad y protección plenas, así como la prohibición de realizar expropiaciones que priven, directa o indirectamente de su inversión, a menos que dicha expropiación haya sido adoptada por motivos superiores como el bien común, el interés nacional, o que dicha medida no sea discriminatoria para con el inversionista extranjero, adicionalmente, el derecho a transferir los capitales y utilidades[89].

Desde el punto de vista de la aplicabilidad se pueden distinguir dos grandes categorías de los APPRI: a) los dirigidos exclusivamente a los Estados y, b) los

---

[87] GRANATO, Leonardo, ODDONE, Carlos Nahuel, 2007. La protección internacional del inversor extranjero a través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, Tendencia, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño, Vol. VII, No. 2, segundo semestre 2007, p.p. 43 – 66. Disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/Dialnet-LaProteccionInternacionalDelInversorExtranjeroATra-3986087%20(1).pdf

[88] CALDERÒN V, Juan Jacobo, 2005. Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación. Estudios Socio Jurídicos, Bogotá, Vol. 7, No. 2, Diciembre – 2005, p.p. 92 – 123. Disponible en: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000200004&lng=en&nrm=iso

[89] MONARDES V, Rodrigo, 2009. Las cláusulas paraguas internacionales de inversiones, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Santiago de Chile, p.p. 19-20. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110985

dirigidos a los Estados y a los particulares. En la primera categoría, los Estados son los sujetos que deben cumplir con las normas de dichos tratados, sin que las mismas trasciendan el plano interestatal. En la segunda categoría, los acuerdos adquieren formas diversas: pueden considerar a los particulares como meros beneficiarios de un sistema jurídico dado, o bien, pueden otorgar derechos específicos a los individuos, debiendo los Estados reconocer estos derechos en sus órdenes internos[90].

En lo atinente a la solución de controversias en los APPRI, debe destacarse que estos acuerdos incorporan un sistema en el cual se le otorga el derecho al inversionista extranjero, de recurrir a los tribunales del Estado en cuyo territorio efectuó la inversión, o a un arbitraje internacional, por los actos o medidas adoptadas por el Estado receptor que vulneren los derechos y garantías otorgados en el APPRI, en el evento de que el inversionista opte por resolver la controversia en sede arbitral, cuenta con la opción de recurrir al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o a las Reglas de Arbitraje del Centro de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de esta manera, se garantiza, ante cualquier duda de un inversionista extranjero el debido e imparcial proceso[91].

Si bien como lo afirma el profesor REQUENA[92] las tendencias innovadoras en las cláusulas de solución de controversias inversor – Estado, provienen de los APPRI negociados por los Estados Unidos, destaca que la Unión Europea a pesar de gozar de competencia exclusiva en materia de inversión extranjera directa, no parece que se vaya a concretar la elaboración de un modelo APPRI propio, pues como lo ha señalado la Comisión Europea no resulta pertinente ni viable sustituir los esfuerzos de promoción de las inversiones realizados por los Estados miembros, siempre y cuando sean conformes a la política comercial común y al derecho de la Unión Europea.

Cabe precisar, que existe una diferencia fundamental entre los APPRI y los capítulos de protección de inversiones contenidos en los TLC que se deriva del concepto "establecimiento" desde el cual los APPRI son generalmente acuerdos "post - establecimiento", lo que quiere decir que los derechos y garantías derivados del tratado

---

[90] GRANATO, Leonardo, ODDONE, Carlos Nahuel, 2012. Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?, Revista Universidad EAFIT, Vol.43, No. 148, p.p. 25-41. Disponible en: https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/view/687

[91] MONARDES, Op.cit. p.p.21.

[92] REQUENA, Millán, 2012. La solución de controversias en los modelos APPRI: Cláusulas tradicionales y nuevas tendencias, Revista electrónica de estudios internacionales, No. 24, p.p. 1 – 35. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/Dialnet-LaSolucionDeControversiasEnLosModelosDeAPPRI-4190316%20(2).pdf

solamente se concederán y podrán ser reclamados por el inversionista extranjero después que este haya establecido su inversión de conformidad con la legislación nacional del Estado anfitrión y parte en el tratado, por su parte, los capítulos de protección de inversiones en los TLC son acuerdos de "pre – establecimiento", es decir, que ciertos derechos y garantías derivadas del tratado se concederán y podrán ser reclamados por el inversionista extranjero, incluso antes a que se haya establecido su inversión conforme a la legislación nacional del Estado anfitrión y parte en el tratado[93].

Así las cosas, y como se puede apreciar en lo acá descrito sobre los capítulos de inversión de los TLC y los APPRI, los dos instrumentos además de buscar o perseguir el mismo fin u objetivo, el cual se concreta en la atracción o el incremento de la inversión extranjera directa entre los Estados parte del acuerdo, si bien en su contenido consagran garantías de protección al inversor extranjero, cada uno de estos acuerdos guarda características que le son propias y que los distinguen a uno del otro.

4. Cláusulas de tipo sustancial y procedimental contenidas en los Acuerdos Internacionales de Inversión

Los AII imponen obligaciones sustantivas a los Estados parte respecto del trato debido a los inversionistas y sus inversiones, las cuales a pesar de la aparente uniformidad en el lenguaje que emplean, contienen obligaciones cuyo sentido y alcance sigue siendo vago e impreciso[94], prueba de ello son las controversias que han suscitado las cláusulas negociadas en estos acuerdos y el incremento constante de laudos arbitrales sobre la materia.

La mayoría de las cláusulas de los AII se refieren a los compromisos de los Estados receptores de inversión para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros y no a obligaciones sustantivas de los inversionistas extranjeros frente a los Estados receptores de la inversión. No obstante, la mayoría de los tratados bilaterales de inversión incluyen el deber del Estado receptor de admitir inversión extranjera directa

[93] CÁRDENAS, Andrés, 2015. La peculiar estructura del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Colombia y Japón: seguridad jurídica para la inversión extranjera, Universidad Externado de Colombia, Blog de Derecho de los Negocios, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-peculiar-estructura-del-tratado-bilateral-de-inversion-celebrado-entre-colombia-y-japon-seguridad-juridica-para-las-inversion-extranjera/

[94] FUENTES, Ximena, 2010. El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional, CEPAL, Santiago de Chile, p.p. 30 – 65. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Acuerdos-internacionales-inversion.pdf

solo si las inversiones se realizan de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor[95].

Ahora, es importante destacar que la densidad de la red de tratados lleva consigo un mayor riesgo de pérdida de flexibilidad reguladora de los Estados respecto a la inversión extranjera directa y plantea nuevas preguntas sobre el adecuado equilibrio de intereses privados y públicos en los AII, como respuesta, algunos Estados han empezado a aclarar la redacción de las disposiciones de los AII y a introducir un número mayor de cláusulas de excepción para atender preocupaciones públicas como la seguridad nacional, la salud, el medio ambiente y procedimientos modificados de solución de controversias[96].

En esta parte del trabajo y buscando profundizar cada vez más en el estudio de este tipo de Acuerdos Internacionales, centraremos nuestro análisis a efectos de la presente investigación a las cláusulas de tipo sustancial y procedimental de los AII suscritos por los países que conforman la Región Latinoamericana, por la disparidad propia de la región, en donde se encuentran diferentes modelos económicos y políticos, contrastes marcados en los niveles de desarrollo, así como Estados pertenecientes a Organizaciones Internacionales y Regionales tales como la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), Organización de Naciones Unidas (ONU), Comunidad Andina de Naciones (CAN), Mercado Común del Sur (MERCOSUR), Unidad de Naciones Suramericanas (UNASUR), Comunidad del Caribe (CARICOM) y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), entre otras.

Para lo cual realizaremos referencia puntual al trato nacional, trato de nación más favorecida, prohibición de expropiación sin compensación, protección y seguridad plenas y trato justo y equitativo (estándar mínimo de trato), detallando el concepto, características de cada uno de dichos estándares sustantivos de tratamiento y protección en los AII.

Del mismo modo, y teniendo en cuenta que los reclamos surgidos bajo los tratados de inversión deben ser resueltos con base en las provisiones del tratado mismo,

---

[95] CARBAJAL, Christian, 2004. Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los Tribunales CIADI, Agenda Internacional, Año X, No. 20, p.p. 195-213. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/Dialnet-ResponsabilidadInternacionalDeLosEstadosFrenteALos-6302492.pdf

[96] UNCTAD, 2008. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, Naciones Unidas, Ginebra, p.p. 1-65. ISSN. 1819-9240. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

sobre las bases y reglas del derecho internacional[97], para mayor ilustración y comprensión de las cláusulas antes referidas, analizaremos algunos laudos del CIADI en relación con la interpretación y aplicación de estos estándares contenidos en los AII celebrados por la mayoría de los Estados de América Latina.

4.1. Trato nacional

En primer lugar, resulta pertinente indicar que se entiende por trato nacional en el ámbito de los AII, al respecto GAVIRIA[98] señala que dicho estándar sustantivo de tratamiento y protección significa que los nacionales de un país deben ser tratados en el territorio del otro a los efectos convenidos (propiedad literaria y artística, derechos de autor, ejercicio del comercio, o de profesiones liberales) como si fueran nacionales de este último. No hay discriminación entre los nacionales y los extranjeros procedentes de un determinado país.

La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C- 157 del 6 de abril de 2016 al estudiar la constitucionalidad de la ley aprobatoria del TLC entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, señaló en referencia a la cláusula de trato nacional, que la misma comporta una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales, por lo que siempre se le ha considerado conforme a la Constitución, igualmente indicó que el efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer toda desigualdad jurídica presente o futura[99].

---

[97] ENDARA, Francisco, 2011. Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol.3, No.1, Año 2, Santiago de Chile, p.p. 103-105. Doi:10.7770/RCHDYCP-V2N1-ART40. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/40-982-1-PB.pdf

[98] GAVIRIA L, Enrique, 1998. Derecho Internacional público, Editorial Temis, Bogotá, p.130.

[99] "… la cláusula de trato nacional comporta una clásica manifestación del principio de igualdad en las relaciones internacionales, por ende, la existencia de tales cláusulas tipo en los tratados internacionales de integración o de inversión extranjera siempre ha sido considerada conforme a la Constitución por la Corte.
(…)
Sobre el principio de trato nacional la sentencia C-358 de 1996, que adelantó el control de constitucionalidad del "Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en el cual se promueven y protegen las inversiones" señaló que: "el principio del trato nacional está dirigido a colocar en condiciones de igualdad jurídica a las inversiones de extranjeros y nacionales. El efecto básico de esta cláusula consiste en hacer desaparecer, dentro del ámbito de materias reguladas por la Convención que la contiene, toda desigualdad jurídica presente o futura. En este orden de ideas, si una norma nacional establece diferencias entre categorías de inversiones, aquellas que estén cobijadas por el principio del trato nacional deberán sujetarse al mismo régimen que las inversiones nacionales". Corte Constitucional de Colombia, 2016. Sentencia de constitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado de libre comercio entre Colombia y Costa Rica. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-157-16.htm

En cuanto a la interpretación de la garantía de trato nacional en los AII, se debe tener en cuenta que la misma involucra un análisis de tres criterios[100]:

i) Determinar si el inversionista nacional y el extranjero están en circunstancias similares o en las "mismas circunstancias".

ii) Determinar si el tratamiento al inversionista extranjero es al menos igual de favorable al otorgado a los inversionistas nacionales.

iii) Si el tratamiento es menos favorable, determinar si está justificado por razones legítimas de política pública.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) en el Laudo arbitral[101] proferido el 16 de diciembre de 2002, en el *caso No. ARB(AF)/99/1 de Marvin Feldman contra los Estados Unidos Mexicanos*, al dirimir la controversia surgida en relación con la aplicación de las leyes tributarias de los Estados Unidos Mexicanos sobre la exportación de productos tabacaleros de la compañía CEMSA, empresa constituida en México, de propiedad y bajo control de un ciudadano de los Estados Unidos de América (Sr. Feldman) quien alegó violación del artículo 1102 (trato nacional) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN[102], el Tribunal señaló que el artículo antes citado presenta varios obstáculos de interpretación, entre ellos:

> "(a) qué inversionistas locales, si los hubiere, se encuentran en "circunstancias similares" a las del inversionista extranjero; (b) si ha habido discriminación contra el inversionista extranjero, sea de jure o de facto; (c) en qué medida debe demostrarse que el trato diferente otorgado deriva de la nacionalidad del inversionista extranjero; y (d) si un inversionista extranjero debe recibir el trato más favorable otorgado a cualquier inversionista local o a algunos de ellos solamente."[103]

Al estudiar los argumentos de las partes en litigio y las pruebas allegadas, el Tribunal señaló que si bien México tiene derecho a ser estricto en la aplicación de sus

---

[100] LINARES, Alejandro, 2020. Esquemas de arbitraje internacional de inversión. Tirant lo blanch, Bogotá D.C., p.60. ISBN. 978-84-1355-109-8.

[101] CIADI, 2002. Laudo arbitral caso ARB (AF)/99/1, Marvin Feldman c/ Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C175/DC587_Sp.pdf

[102] Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN, "Artículo 1102: Trato nacional: 1. Cada una de las Partes otorgará a los inversionistas de 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, venta u otra disposición de las inversiones. 2.Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.". Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/nafta_s/CAP11_1.asp#A1102

[103] . Laudo arbitral caso ARB (AF)/99/1, Marvin Feldman c/ Estados Unidos Mexicanos, p.80. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C175/DC587_Sp.pdf

leyes, debe hacerlo en forma no discriminatoria entre los inversionistas extranjeros y los locales, en tanto, si ignora o se dispensa de cumplir el requisito del artículo 4 de la Ley del Impuesto Especial Sobre Producción y Servicios (IEPS) a los exportadores/revendedores de cigarros locales, pero no a los exportadores/revendedores de cigarros extranjeros, dicha diferencia de facto en el trato resulta suficiente para determinar la existencia de una denegación de trato nacional, en los términos del artículo 1102 del TLCAN.

Así mismo, el Tribunal advirtió que el artículo 1102 (trato nacional) nada dice sobre discriminación entre las diferentes clases de inversores propios de una parte, por lo que sostuvo que las compañías que se encuentran en circunstancias similares, locales y extranjeras, son las empresas comercializadoras, dedicadas al negocio de comprar cigarros mexicanos para la exportación.

Igualmente, indicó que el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o "por motivos de nacionalidad.", y que no resulta de recibo lo argumentado por la parte demandada (Estados Unidos Mexicanos) en cuanto a que deba demostrarse explícitamente que todo apartamiento del trato nacional tiene su origen en la nacionalidad del inversionista, ello en razón a que el artículo 1102 sugiere que es suficiente con mostrar un trato menos favorable del inversionista extranjero en relación con el local en circunstancias similares. Además, de considerar que exigir que un inversionista extranjero pruebe que la discriminación se basa en su nacionalidad podría ser un obstáculo insalvable para quien la alega, ya que sólo el gobierno puede tener acceso a esta información.

Finalmente, el Tribunal arbitral tras encontrar que el trato otorgado al inversionista extranjero (Marvin Feldman) en relación con el dado a los inversionistas locales en circunstancias similares fue distinto de facto, contrariando el objetivo de liberalización de las inversiones del artículo 1102 del TLCAN, decidió[104] que el

[104]"DECISIÓN: Por las razones expuestas, el Tribunal 209. decide que el Demandado no ha violado los derechos del Demandante ni ha actuado en forma inconsistente con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1110 del TLCAN; 210. decide que el Demandado ha actuado en forma inconsistente con los derechos del Demandante y con las obligaciones del Demandado conforme al Artículo 1102 del TLCAN; 211. ordena al Demandado pagar inmediatamente al Demandante la suma de $9,464,627.50 pesos mexicanos en concepto de monto principal, más los intereses devengados al momento de firma de este laudo, por un monto de $7,496,428.47 pesos mexicanos, intereses que deberán acumularse hasta la fecha en que el pago tenga efectivamente lugar, de conformidad con la última parte del párrafo 205 de este laudo; el interés a calcular será un interés simple, a una tasa equivalente al rendimiento mensual de los Certificados de la Tesorería de la Federación, emitidos por el Gobierno Mexicano, a plazo de 28 días, aplicada en cada mes del período de cálculo…". Laudo arbitral caso ARB (AF)/99/1, Marvin Feldman c/

demandado (Estados Unidos Mexicanos) había actuado en forma inconsistente con los derechos del demandante (Marvin Feldman) y con las obligaciones del artículo 1102 del TLCAN, por lo que ordenó indemnizar al demandante.

Posteriormente, el CIADI en laudo del 21 de noviembre de 2007[105] volvió a pronunciarse en relación con la interpretación y aplicación de la cláusula de trato nacional contenida en el TLCAN, en *el caso No. ARB (AF) 04/05*[106], y en esta ocasión realizó una precisión en cuanto a la función de esta disposición, así como la diferencia entre la discriminación de jure y de facto, en los siguientes términos:

> "La función básica de esta disposición es proteger a los inversionistas extranjeros vis-á-vis las reglamentaciones internas que otorguen un trato más favorable a los inversionistas nacionales. La obligación de trato nacional contemplada en el artículo 1102 constituye la aplicación de la prohibición general de discriminación basada en la nacionalidad, incluida la discriminación tanto de jure como de facto. La primera se refiere a medidas que aparentemente traten a las entidades de manera diferente en tanto que la última comprende medidas que aparentemente son neutras pero que conllevan un trato diferenciado"[107]

Cabe destacar, que el Tribunal arbitral reiteró que los tratados de inversiones no deben leerse de forma aislada al derecho internacional, toda vez que el punto de partida para interpretar cualquier disposición es la Convención de Viena del Derecho de los Tratados[108] en la que se codifica el derecho internacional consuetudinario.

En línea con lo anterior, manifestó que la aplicación de la norma de trato nacional entraña una medida comparativa y todas las "circunstancias" en las que se acordara el trato deben tenerse en cuenta a fin de identificar el comparador adecuado, para lo cual destaca que el significado que da el diccionario a la palabra "circunstancia" se refiere a una condición, hecho o evento que acompaña, condiciona o determina a otro, o el entorno lógico de una acción.

Estados Unidos Mexicanos, p.100. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C175/DC587_Sp.pdf

[105] CIADI, 2007. Laudo arbitral caso ARB (AF) 04/05, Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc c/ Estados Unidos Mexicanos. Disponibles en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C43/DC782_Sp.pdf

[106] Caso en donde la controversia giraba en torno a la modificación introducida por los Estados Unidos Mexicanos en su Ley de Impuesto Especial sobre Producción de Servicios, la cual consideraban los demandantes era violatoria de las disposiciones del capítulo XI del TLCAN, en lo referente entre otros, al artículo 1102 (trato nacional), por lo que reclamaban indemnización por daños y perjuicios y medidas conexas de reparación.

[107] CIADI, 2007. Laudo arbitral caso ARB (AF) 04/05, Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc c/ Estados Unidos Mexicanos. p. 71. Disponibles en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C43/DC782_Sp.pdf

[108] Convención de Viena del Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, con el objeto de codificar y desarrollar progresivamente el Derecho de los Tratados. Disponible en: https://www.dipublico.org/conferencias/tratados/A-CONF.39-11-Add.2.pdf

En el año 2009, los Estados Unidos Mexicanos son nuevamente condenados en el laudo arbitral[109] en cuya parte demandante (sociedad Cargill Incorpored) alegó discriminación tanto de facto como de jure, frente a los productores mexicanos de azúcar, debido a las medidas adoptadas por los Estados Unidos Mexicanos en la Ley del impuesto especial sobre producción y servicios (IEPS), en esta ocasión el Tribunal arbitral frente a las "circunstancias similares" y el trato no menos favorable, señaló:

i) Las "circunstancias similares" establecidas en el artículo 1102 deben ser interpretadas de conformidad con sus propios términos.

ii) El artículo 1102 (trato nacional) exige que se otorgue trato no menos favorable cuando los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales se encuentran en "circunstancias similares", sin hacer referencia a "productos similares", razón por la cual la legislación del GATT respecto de "productos similares" no puede trasladarse automáticamente al término "circunstancias similares" del artículo 1102 (trato nacional) del TLCAN.

iii) Los Estados parte del TLCAN no tuvieron la intención de asignar al término "circunstancias similares" un significado especial en el sentido del artículo 31 (4) de la Convención de Viena[110].

iv) Es preciso demostrar algo más que la similitud de los productos producidos a fin de establecer que el inversionista y los productores nacionales se encuentran en "circunstancias similares" especialmente cuando existen otros factores que marcan una diferencia entre la situación del inversionista o su inversión y la de los productores nacionales de "productos similares".

Así las cosas, y tal como se aprecia de lo antes enunciado sobre el estándar de trato nacional, en los AII dicha cláusula en su redacción involucra la no discriminación al inversionista extranjero y el que no se les trate de manera menos favorable en relación con los locales, elementos estos que no son excluyentes uno del otro, sino que por el contrario subsisten de manera independiente.

4.2. Trato de nación más favorecida

El Trato de nación más favorecida debe su creación al comercio entre los

[109] CIADI, 2009. Laudo arbitral caso ARB (AF)/05/2, Cargill Incorpored c/ Estados Unidos Mexicanos. p.p. 56-66. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C60/DC1992_Sp.pdf

[110] Convención de Viena del Derecho de los Tratados, "Artículo 31. Regla general de interpretación. (…) 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes…". Disponible en: http://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf

pueblos y a la necesidad de regular las relaciones entre partes interesadas en intercambiar sus productos[111]. Para autores como CAVARRETTA,[112] su existencia se da partir de los pactos comerciales, celebrados para facilitar la actividad comercial en territorio extranjero y conceder privilegios a determinados pueblos.

Vale la pena destacar, como antecedente de inclusión de la Cláusula dentro de un Tratado, el suscrito entre Enrique V de Inglaterra y Johan Herzog de Burgund el 17 de agosto de 1417 en Amiens[113], por el cual se acordó que los navíos ingleses podrían utilizar puertos de Flandes de la misma manera que los alemanes, franceses y escoceses[114]. Desde entonces la Cláusula de trato de nación más favorecida fue incluida a lo largo de los siglos XVII y XVIII en diferentes tratados comerciales, de amistad y de navegación.

Se señala que, fue precisamente Inglaterra quien, a finales del siglo XVIII con la implementación del liberalismo económico y comercial fue la beneficiaria del principio de igualdad de trato y de la Cláusula de trato de nación más favorecida, como ejemplo de esta política librecambista internacional encontramos[115] el Tratado "Cobden – Chevalier" celebrado entre Reino Unido de Gran Bretaña y Francia del 23 de enero de 1860.

El período entreguerras, estuvo marcado por la hostilidad hacia la Cláusula, por un fuerte proteccionismo reflejado en el incremento de tarifas aduaneras y el control de cambio, que a lo único que contribuyó fue a acentuar la crisis económica y política. En la postguerra, los Estados unas veces como represalia y otras como medida de protección a su economía, denunciaron los tratados celebrados y recurrieron a toda clase de medidas de control y a la revisión general de los compromisos internacionales vigentes.

---

[111] PUENTE MUÑOZ, Teresa. 1965. *La cláusula de nación más favorecida*. Castellón de la Plana: Imprenta de la Exema. p.p. 13 y 14.

[112] CAVARRETTA, Giuseppe. 2018. *La clausola della nazione più favorita (Classic Reprint)*. Fb&cLimited. p. 13. ISBN 0364555513, 978036455514.

[113] "*Les maistres de Neifs et Maronniers de la Partie d´Englaterre, a leur venue es Ports et Haures de notre did Pays de Flanders, porront faire licitement lier leur Neifs, es porront fair licitement lier leur Neifs, es dis Ports et Haures. Par la Maniere que feront Francois, Hollandois, Zellandois, et Escohais, sans encourir pour ce en aucune Fourfaiture on Amende: Et semblablement, porront faire les Maistres de Niefs et Maroniers de Flanders es Ports et Haures de la Partie d´Englaterre*". SCHWARZENBERGER, G. 1945. *The Most Favoured Nation Standard in British State Practice*. British Yearbook of International Law 22. p.97.

[114] VILLAGRA CAYAMANA, Renée, VILLAGRA CAYAMANA, Jorge Antonio, 2013. *Cláusula de nación más favorecida en los CDI: herramienta para la potencial disminución de las retenciones del impuesto a la renta aplicables a Chile y Canadá*. Contabilidad y negocios. p.p.15-32. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadyNegocios/article/viewFile/6764/6887

[115] BALLESTEROS GONZÁLEZ, JUAN M, 1977. *Comercio Internacional: igualdad jurídica, discriminación de hecho.* Granada. Colección Monográfica Universidad de Granada. p.p. 18-22.

Fu e solo hasta el surgimiento del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio - GATT[116], donde se consagró en su artículo I[117] la Cláusula del Trato General de la Nación más Favorecida, en los términos que a continuación se citan:

> "Artículo I: **Trato general de la nación más favorecida.** 1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III*, **cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado**…" (negrilla fuera de texto).

La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas - ONU, estudio a lo largo de las sesiones[118] realizadas desde el año 1964 hasta el año 1991, la posibilidad de incluir la Cláusula nación más favorecida, dentro del proyecto de artículos del Convenio Multilateral sobre el Derecho de los Tratados, en el que quizás sea el análisis más detallado que haya realizado un organismo internacional para intentar sistematizar la nación más favorecida.

Finalmente, la Comisión resolvió que el tema de la Cláusula del trato de nación más favorecida haría parte de su programa de trabajo a largo plazo, recordando la posición de algunos de sus miembros, para quienes, dada la importancia de la Cláusula en los tratados de derecho mercantil y de las inversiones, había llegado el momento de reanudar los trabajos en relación con la misma[119].

En este punto, conviene destacar que el trato de nación más favorecida si bien debe sus orígenes y desarrollo al comercio internacional, al punto de llegar a ser parte del sistema multilateral de comercio (artículo 1 del GATT), en los tratados de inversión esta figura jurídica tiene una connotación diferente, como se detallará en el presente trabajo a continuación.

---

[116] Organización Mundial del Comercio. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm

[117] Organización Mundial del Comercio. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm

[118] Tal y como se observa en los Anuarios de las sesiones y los informes de la Comisión a la Asamblea General.

[119] NACIONES UNIDAS, *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*. Naciones Unidas. New York, 2009. p.p. 202-204.

Para empezar, el trato de nación más favorecida en los AII no tiene un único contenido o redacción concreta que contemple su definición, suele redactarse de modos diversos por los Estados parte del tratado, y por ello se ha afirmado[120]que cualquier intento para tratar de generalizar su significado y sus efectos, debe realizarse con cautela, de hecho el trato de nación más favorecida contenido en los tratados de inversiones no opera de manera automática, debido a que hablamos de acuerdos bilaterales que contienen cláusulas distintas por lo que cualquier discusión sobre su alcance comienza y termina con el texto relevante "*in casu*"[121].

Autores como DOLZER y SCHREUER[122], sostienen que la cláusula de trato de nación más favorecida garantiza que los Estados den al inversionista de otro Estado un trato por lo menos tan favorable a aquel dado a los inversionistas de un tercer Estado, tiene como consecuencia que si el Estado le da un beneficio relevante a un tercer Estado automáticamente se extiende al Estado que se beneficia de la cláusula. Entonces, si la razón de ser de la cláusula de nación más favorecida es garantizar el "tratamiento", resulta fundamental considerar el alcance y el ámbito de la palabra "tratamiento" para comprender este estándar de protección y su aplicabilidad en un tratado[123].

El trato que protege la cláusula se sintetiza en que el Estado receptor no puede discriminar de *jure* o de facto basado en la nacionalidad, siempre que haya situaciones objetivas similares como una base legítima de comparación, es decir, se podrán hacer distinciones siempre que no se fundamenten en la nacionalidad, por ejemplo, estableciendo regulaciones para la inversión extranjera directa en un sector económico determinado[124]. Al respecto, es importante precisar que a diferencia de lo que ocurre con el principio del trato nacional, en el principio de trato de nación más favorecida existe una aplicación horizontal en la medida en que cualquier gabela, ya sea en bienes o servicios, que se otorgue a un país debe ser inmediatamente otorgada a los otros

---

120 Mc NAIR, Arnold, 1986. *Law of Treaties.* Oxford University Press, p.263. ISBN.9780198251521.

121 GARCÌA, Irene, 2013. Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos, México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 666, p. 77. ISBN. 9786070242328.

122 DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph, 2008. Principles of International Investment law, New York: Oxford University Press, p.p. 433. ISBN. 9780199651795.

123 ANSARI, Alireza, RAISI, Leila, 2018. International Standards of Investment in International Arbitration procedure and Investment Treaties, Revista Jurídicas, 15 (2), p.p. 11 – 35. DOI: 10-17151/jurid.2018.15.2.2, Disponible en: http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas15(2)_2.pdf

124 MONROY, María Clemencia, 2015. La cláusula de la nación más favorecida en los tratados bilaterales de inversión vigentes para Colombia y sus efectos de acuerdo con los laudos arbitrales del CIADI, Universidad de los Andes: Revista de derecho público, No. 35, p. 12. ISSN. 1909-7778, Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub546.pdf

Estados, en palabras más sencillas, si un Estado otorga manzanas a otro Estado, este último deberá hacer extensivas tales manzanas a todos los otros Estados miembros[125].

La aplicación del trato de nación más favorecida pactado en los AII es quizás el punto que mayor controversia genera, empezando por los variados pronunciamientos que se han dado en los Tribunales arbitrales en relación con la interpretación de este estándar de protección, tanto en disposiciones sustantivas como procesales, lo que ha avivado aún más el debate existente frente a esta figura jurídica.

Sobre si la cláusula del trato de nación más favorecida contenida en un AII debe entenderse referida solamente a aspectos sustantivos del tratamiento otorgado a los inversionistas extranjeros o si también es aplicable a cuestiones de procedimiento y jurisdicción, el Tribunal arbitral del CIADI en el *caso No. ARB/97/7 de Emilio Agustín Maffezini contra el Reino de España*[126], en laudo de fecha 13 de noviembre de 2000, al decidir la controversia suscitada por el tratamiento recibido por el señor Maffezini por parte de las entidades españolas, en relación con su inversión en una empresa para la fabricación y distribución de productos químicos en Galicia, señaló:

> "… 21. El 25 de enero de 2000 el Tribunal, luego de haber deliberado por correspondencia, emitió una decisión unánime sobre las objeciones a la jurisdicción planteadas por el Reino de España. En su decisión, el Tribunal rechazó el argumento del Demandado de que el Demandante no había cumplido con la exigencia de agotar los recursos internos establecidos en el Artículo X del ABI Argentina – España. Además **en vista de la aplicación de la cláusula de nación más favorecida incluida en el ABI Argentina – España y, por lo tanto, basándose en los arreglos más favorables contenidos en el ABI Chile – España, el Tribunal rechazó el argumento de España en el sentido de que el Demandante debería haber presentado el caso ante los tribunales españoles antes de someterlo a arbitraje internacional en virtud del Artículo X (2) del ABI, y concluyó que el Demandante tenía derecho a someter a arbitraje la controversia sin recurrir primero a los tribunales españoles**…"[127] (negrilla fuera de texto)

Como se aprecia del aparte del laudo arbitral antes citado, el Tribunal determinó que tenía jurisdicción y que era competente para decidir la controversia entre las partes basándose en la cláusula de nación más favorecida contenida en el AII celebrado entre

[125] CABRERA, Omar, 2018. Análisis de la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición: aspectos generales e implicaciones para el caso colombiano, Universidad Externado: Revista de derecho fiscal, No. 13, p.p. 7-22. DOI:https://doi.org/10.18601/16926722.n13.02. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/5676

[126] Laudo arbitral del 13 de noviembre de 2000, en el caso ARB/97/7. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_Sp.pdf

[127] El Tribunal en el caso Maffezini, decidió: "(1) El Reino de España deberá pagar al demandante la suma ESP 57.641.265,28 (cincuenta y siete millones seiscientos cuarenta y un mil doscientos sesenta y cinco pesetas españolas y 28 centavos)…". Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_Sp.pdf

Argentina y España, posición respecto de la cual solo se tenía como antecedente el *caso Ambiatelos*[128].

En el mismo sentido, y con una explicación más detallada en cuanto al ámbito de aplicación y efectos de la cláusula de trato de nación más favorecida contenida en los AII, el CIADI en el laudo arbitral del 3 agosto de 2004, en el *caso No. ARB/02/8 de Siemens AG contra la República de Argentina*[129], el Tribunal realizó las siguientes precisiones:

i) El "trato" no viene calificado ni descrito excepto a través de la expresión "no menos favorable".

ii) Si las ventajas otorgadas a los nacionales de un tercer Estado no fuesen garantizadas en virtud de la cláusula de trato de nación más favorecida simplemente porque exceden el trato nacional, entonces el Estado incumpliría la obligación de garantizar un trato no menos favorable en virtud de esa cláusula.

iii) El sentido ordinario de la cláusula de trato de nación más favorecida es que los inversores no deben ser discriminados por ser extranjeros y al mismo tiempo, deberían recibir el mejor trato otorgado a cualquier otro inversor extranjero, este trato es independiente de si la inversión ha sido hecha únicamente por inversores extranjeros o conjuntamente o en asociación con inversores locales.

iv) El acceso a mecanismos especiales de solución de controversias forma parte del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores y de las ventajas que se obtienen a través de la cláusula de trato de nación más favorecida.

v) La reclamación de una ventaja a través de la cláusula de trato de nación más favorecida no conlleva la aceptación de todos los términos del tratado donde se prevé dicha ventaja.

vi) El beneficiario de la cláusula de trato de nación más favorecida no puede dejar sin efecto consideraciones de orden público que las partes de un tratado han considerado esenciales para llegar al acuerdo.

---

[128] **Fallo del 1 de julio de 1952**, Grecia (en representación del armador Ambatielos) solicitó a la Corte que declarará que la reclamación presentada contra Reino Unido e Irlanda del Norte debía someterse a arbitraje, de acuerdo con los Tratados suscritos entre Grecia y Reino Unido de 1886 y 1926. La Corte decidió que no era competente para conocer del fondo de la reclamación, al considerar que el artículo 29 del Tratado de 1926, no tenía efecto retroactivo. Disponible en: https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf

[129] Laudo arbitral caso No. ARB/02/8 del 3 de agosto de 2004. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_Sp.pdf

Cabe destacar, que la interpretación dada en relación con la aplicación de la cláusula de trato de nación más favorecida en el *caso Maffezini* a otros casos, requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias de celebración del AII y debe ser considerada con cautela[130], de hecho en los laudos del *caso TECMED* contra los Estados Unidos Mexicanos[131] del 29 de mayo de 2003 y en el del *caso Salini Costruttori* contra Jordania[132] del 29 de noviembre de 2004, el Tribunal realizó una interpretación diferente en relación con la aplicación de la cláusula del trato de nación más favorecida en los tratados de inversión.

Aunado a lo anterior, se afirma que si la cláusula de trato de nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión no estuviese bien formulada, puede permitir a los inversores importar derechos de los inversionistas de otros acuerdos de inversión incluyendo no solo derechos sustantivos, sino también procesales[133], frente a lo cual autores como KUNDMÜLLER y RUBIO consideran conveniente que los

---

[130] DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, 2005. El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, No. 11, p.p. 55-56. Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1381/documento/articuloUM.pdf?id=3209

[131] CIADI, Caso No. ARB (AF)/00/2, TECMED contra los Estados Unidos Mexicanos: "…69. No desconoce el Tribunal arbitral que la demandante, amparándose en la decisión en el caso Emilio Maffezini y el Reino de España, invoca en su alegato de cierre el principio de la cláusula de nación más favorecida consagrado en el artículo 8(1) del Acuerdo para lograr su aplicación retroactiva en vista del trato más favorable en relación con esa cuestión que le estaría deparado a un inversor austríaco bajo el imperio del tratado bilateral de protección a las inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y Austria de 29 de junio de 1998. **El Tribunal arbitral no entrará a analizar las disposiciones de este Tratado a la luz de dicho principio, pues conciernen más al ámbito temporal de aplicación de sus disposiciones sustantivas que a cuestiones de índole procesal o jurisdiccional por su trascendencia e importancia, integran el núcleo de cuestiones que deben presumirse como especialmente negociadas entre las partes contratantes y determinantes de su aceptación del Acuerdo, ya que atañen directamente tanto la identificación del régimen sustantivo de protección aplicable al inversor extranjero y muy particularmente del contexto jurídico general – nacional o internacional – dentro del cual tal régimen opera, cuanto al acceso del inversor extranjero a las disposiciones sustantivas que forman tal régimen; y no pueden, por ende, verse desvirtuadas en su aplicación a través del principio de la cláusula de nación más favorecida**". Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_Sp.pdf

[132] CIADI, Caso No. ARB/02/13, Salini Costruttori contra Jordania: "…118. The Tribunal observes that the circumstances of this case are different. Indeed, Article 3 of the BIT between Italy and Jordan does not include any provision extending its scope of application to dispute settlement. It does not envisage "all rights or all matters covered by the agreement". Furthermore, the Claimants have submitted nothing from wich it might be established that the common intention of the parties was to have the most-favored-nation clause apply to dispute settlement. Quite on the contrary, the intention as expressed in Article 9 (2) of the BIT was to exclude from ICSID jurisdiction contractual disputes between an investor and an entity of a State Party in order that such disputes might be settled in accordance with the procedures set forth in the investment agreements. Lastlym the Claimants have not cited any practice in Jordan or Italy in supporte of their claims". Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf

[133] DE MORAES JARDIM, María, 2015. El régimen internacional de inversiones y las alternativas para Brasil, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Santiago de Chile, p.p. 21-26. Disponible en: http://www.iei.uchile.cl/postgrado/magister-en-estrategia-internacional-y-politica-comercial/estudios-de-casos/2015/el-regimen-internacional-de-inversiones-y-las-alternativas-para-brasil

nuevos AII contengan disposiciones mejor redactadas y delimitadas, citando como ejemplo la contenida en el AII de Canadá, la cual podría servir de base para atender este tipo de inconsistencias, pues solamente funciona hacia adelante, excluyendo de plano la aplicación de cualquier tratado bilateral o multilateral vigente con anterioridad, excluyendo dichos tratados previos como base para aplicar los beneficios que reconoce la cláusula en mención[134].

En una entrevista realizada a ALEJANDRO FAYA RODRÍGUEZ, quien como asesor del Ministerio de Economía Mexicano negoció diez tratados bilaterales de inversión, sobre cuál era su opinión sobre la manera en que la disposición de la cláusula de nación más favorecida debería ser interpretada en los AII, contestó:

> "Esencialmente sostengo que la cláusula de nación más favorecida por cuestión de principio general no debería ser utilizada como una herramienta para atraer disposiciones de otros tratados (treaty shooping). Esto corresponde a la mayoría de las cláusulas NMF, que se encuentran expresadas en términos muy generales. Esa no es la intención original de la cláusula, y conforme a mi experiencia como negociador ciertamente ese no ha sido el efecto deseado. Su función es la de eliminar distorsiones en términos de condiciones competitivas tales como evitar un trato diferencial entre dos inversores extranjeros con respecto a temas como impuestos, bienes raíces y regulación comercial, solo pare mencionar algunos. Amén de unas pocas excepciones, como el pre – establecimiento y transferencias, los tratados de inversión no tienen que ver con cuestiones competitivas, sino con estándares legales de protección. Las condiciones competitivas están establecidas a nivel interno. Por lo tanto, a menos que se indique lo contrario de forma claro – algo que no he visto hasta ahora – la disposición de NMF no debería ser interpretada para atraer cláusulas de otros tratados."[135]

Por ello, en el 2015 la UNCTAD[136] en la guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el desarrollo sostenible indicó que el trato de nación más favorecida debe ser considerado cuidadosamente, particularmente a la luz de la creciente red de AII de los países, que contienen diferentes obligaciones y acuerdos, inclusive en cuestiones pre - establecimiento, destacando que para eludir malas interpretaciones, los AII han comenzado a excluir explícitamente cuestiones de solución de controversias y

---

[134] KUNDMÚLLER, Franz, RUBIO, Roger, 2006. El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte, Revista Lima Arbitration, No. 1, p.111. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf

[135] International Institute for Sustainable Development – IISD, 2008. Entrevista con Alejandro Faya Rodríguez, asesor jurídico especial del Ministerio de Economía Mexicano, Investment Treaty News. Disponible en: https://cf.iisd.net/itn/es/2008/08/25/entrevista-con-alejandro-faya-rodr-237-guez-asesor-jur-237-dico-especial-ministerio-de-econom-237-a-mexicano/

[136] UNCTAD, 2015. Guía de acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible, Naciones Unidas, Ginebra, p. 51. Disponible en: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf

obligaciones asumidas con terceros Estados del alcance de la obligación de nación más favorecida, así como incluir otras opciones tales como limitar el alcance de la cláusula a través de reservas específicas para cada país.

En definitiva, los efectos de la cláusula de nación más favorecida pactada en los AII estarán dados por el contenido de esta en cada Acuerdo, si bien es cierto, las decisiones de los Tribunales en relación con la misma no han sido consistentes, corresponderá a los Estados determinar de acuerdo con sus condiciones particulares y el fin buscado con la suscripción del tratado, establecer la conveniencia o no de incluir dicho estándar y el contenido del mismo.

4.3. Prohibición de expropiación sin compensación

De la expropiación como instrumento de intervención en la propiedad privada, encontramos referencias a esta práctica desde la Edad Media, en los tiempos en que el monarca sin mayores contemplaciones privaba directa y forzosamente de la propiedad a un particular, y de la expropiación como figura jurídica, se afirma que surgió como respuesta afirmativa a la pregunta de si al realizar obras públicas, la administración pública solo podría desarrollarlas en bienes de su dominio o propiedad, o sí de ser necesario podría utilizar terrenos pertenecientes a particulares, llevando a cabo un procedimiento forzoso de expropiación sobre los mismos[137].

El reconocimiento y protección del derecho a la propiedad privada constituye una de las garantías fundamentales que todo inversionista extranjero requiere al momento de realizar una inversión y responde a interrogantes como: ¿podré liquidar mi inversión?, ¿podré llevar mi dinero de regreso a mi país de origen o se encontrará "atado¨ al país donde invertí?, ¿voy a ser tratado de manera desventajosa frente a otros inversionistas?, ¿puedo ser privado de mi inversión, o del valor de la misma, por parte de dicho Estado extranjero?[138].

En síntesis, como lo detalla MÁRQUEZ[139], la decisión de un inversor de invertir está mediada por múltiples factores, dentro de los cuales están los riesgos provenientes de la expropiación, como se describen a continuación:

---

[137] MUÑOZ, Santiago, 2004. Tratado de derecho administrativo y derecho público general, España, Editorial Civitas, Tomo I, p. 853.

[138] AMADO, José Daniel, AMIEL, Bruno, 2005. La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras, THEMIS, Revista de Derecho, p. 61. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8747/9133

[139] MÁRQUEZ, Carlos, 2008. Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración, Int.Law: Rev. Colomb, Derecho Int.,

i) Principalmente, la expectativa de crecimiento y retorno del capital, pues este incentiva al inversor con liquidez a colocar los recursos en un proyecto de inversión directa que presente mayores retornos en el mediano y largo plazo que aquellos que puedan tener en el país de origen,

ii) Las medidas legales o internacionales para mitigar la especificidad de los activos y aumentar la liquidez y flujo de los recursos destinados y derivados de la inversión,

iii) La determinación de medidas que permitan al inversor definir los posibles riesgos que afronta el capital destinado a la inversión, provenientes de la expropiación, los conflictos internos y las crisis económicas, dentro de los que se encuentran los acuerdos de promoción recíproca de inversiones.

En este punto conviene recordar, que dentro de los derechos civiles y políticos del Pacto de San José de Costa Rica, se encuentra consagrado el derecho a la propiedad privada en el artículo 21, el cual en el numeral 2 establece que, ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley[140].

No obstante, y a pesar de que la disposición antes citada dispone que solo de manera excepcional y condicionado al pago de una indemnización justa se puede privar el derecho a la propiedad privada, en la práctica tal disposición ha sido objeto de crítica, en tanto, se dice que la falta de un aparato jurisdiccional internacional y de unas normas claras sobre la responsabilidad de los Estados, han impedido la efectividad de tal disposición en el contexto internacional.

Ahora bien, las reglas clásicas del derecho internacional han aceptado el derecho de los Estados de expropiar la propiedad extranjera en principio, como una manifestación de la soberanía territorial de la que cada Estado goza, de hecho, los AII no cuestionan este derecho soberano, sino que se centran en las consecuencias de la expropiación y sus condiciones, para que esta pueda ser llevada a cabo con arreglo a

---

Bogotá, Colombia, No. 11, p.31, ISSN: 1692-8156. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/13939-Texto%20del%20art%C3%ADculo-50203-1-10-20151014.pdf

[140] Pacto de San José de Costa Rica, "Artículo 2- Derecho a la propiedad privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.". Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

derecho[141]. La consagración de cláusulas de prohibición de expropiación tiende a mitigar la inseguridad y el riesgo que asume el inversionista por las actuaciones del Estado, por lo que generalmente se acompañan de la obligación, en cabeza de este último, de indemnizar al inversionista que ha visto reducida su inversión[142].

En el contexto Latinoamericano, observamos que las normas de la Comunidad Andina no incluyen la expropiación o la indemnización, mientras que dicho aspecto si lo encontramos regulado en el Tratado del G-3[143], en donde de manera puntual se exige que la indemnización sea equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión en el momento de la expropiación, sin reflejar ninguna disminución del valor debido a que la intención de expropiar fuese conocida con antelación a la fecha real de la expropiación, dicho tratado va más allá y señala que los gobiernos no pueden expropiar o nacionalizar las inversiones de forma directa o indirecta, así como tampoco pueden adoptar medias equivalentes, a menos que sea por causa de utilidad pública y sobre bases no discriminatorias[144].

Los AII establecen las condiciones para expropiar y sus consecuencias, las cuales en términos generales consisten en que la medida estatal esté justificada en el

---

[141] PIERCY, Alejandro, TELLINI, Avellina, 2012. Criterios para la determinación de indemnizaciones por violación a los estándares mínimos de tratamiento de inversiones en casos de arbitraje de inversión internacional, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, p. 45. Disponible en: https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/10/Criterios-para-la-Determinaci%C3%B3n-de-Indemnizaciones-por-Violaci%C3%B3n-a-Est%C3%A1ndares-M%C3%ADnimos-de-Tratamiento-de-Inversiones-en-Casos-de-Arbitraje-de-Inversi%C3%B3n-Internacional.pdf

[142] GARCÍA, Laura, 2019, La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, v.12, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, p.p. 85-120. DOI: https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/7569

[143] Tratado G3, "***Artículo 17-08:*** **Expropiación y Compensación.** 1.Ninguna Parte, salvo por lo dispuesto en el anexo a este artículo, expropiará o nacionalizará, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptará ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad; y d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 4. 2.La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión en el momento de la expropiación, y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor fiscal declarado de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado. 3.El pago de la indemnización será completamente liquidable y libremente transferible en los términos del artículo 17-07. 4.El pago se efectuará sin demora. El tiempo que transcurra entre el momento de fijación de la indemnización y el momento del pago no podrá causar perjuicios al inversionista. En consecuencia, su monto será suficiente para asegurar que el inversionista pueda, si decide transferirlo, obtener, en el momento del pago, una cantidad igual de la divisa internacional utilizada normalmente como referencia por la Parte que realice la expropiación. El pago incluirá igualmente intereses a la tasa corriente en el mercado para la divisa de referencia.". Disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/go3/text_s.asp#a17-08

[144] UNCTAD, 2006. Análisis de la política de inversión Colombia, Naciones Unidad, Ginebra, julio de 2006, p.p. 21-34. ISBN. 92-1-312333-7. Disponible en: https://unctad.org/es/docs/iteipc200511_sp.pdf

interés público, que no sea discriminatoria ni arbitraria, incluso algunos tratados exigen explícitamente el respeto a la garantía del debido proceso, y que este acompañada de una pronta (sin dilaciones indebida) adecuada (valor del mercado) y efectiva (en moneda convertible) indemnización[145]. Por ello, cuando los AII hacen alusión a una nacionalización, usualmente se refiere a tomas masivas o en gran escala de propiedad privada en todos los sectores económicos o en una industria o sector específico, mientras que cuando hablan de expropiaciones, estas son generalmente entendidas como tomas específicas de propiedad o empresa donde los derechos de propiedad permanecen en el Estado o son transferidos por el Estado a otros operadores económicos[146].

Conviene aclarar, que no existe un único significado de los términos expropiación y expropiar, por ello si nos remitidos al Diccionario de la Real Academia Española encontramos el siguiente significado para cada una de estas palabras:

> **"Expropiación.**
>
> **1.** f. Acción y efecto de expropiar.
>
> **2.** f. Cosa expropiada. U. m. en pl.
>
> **Expropiar**
>
> **1.** tr. Dicho de la Administración: Privar a una persona de la titularidad de un bien o de un derecho, dándole a cambio una indemnización. Se efectúa por motivos de utilidad pública o interés social previstos en las leyes"[147]

A manera de ilustración, en el caso de Colombia la Constitución Política[148] establece que podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa, por motivos de utilidad pública e interés social definidos por el legislador, consultando los intereses de la comunidad y del afectado, señalando que dicha

---

[145]CEPAL, 2010. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), Naciones Unidas, Santiago de Chile, p. 36. Disponible en: https://www.bivica.org/files/tratados-proteccion.pdf

[146]GALVIS, Natalia, 2018. Vulneración de contratos protegidos por una cláusula paraguas en acuerdos internacionales de inversión (AII), GAA. Trabajos de Grado - Pregrado en Derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia, p.p. 16. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1628

[147] Diccionario de la Real Academia Española, Disponible en: https://dle.rae.es/expropiaci%C3%B3n

[148] Constitución Política de Colombia, artículo 58: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social. La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad. Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.". Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr001.html#58

expropiación podrá adelantarse vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso – administrativa, incluso respecto del precio.

A su vez, la Corte Constitucional Colombiana[149] definió la expropiación como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa.

Como quiera que la figura de la expropiación es fuente de controversias, recientemente, el Consejo de Estado de Colombia en sentencia de unificación jurisprudencial, siguiendo la jurisprudencia constitucional señaló que para que proceda la extinción del derecho de propiedad, se debe cumplir con los siguientes presupuestos:

> "1) La existencia de una Ley en la que el legislador defina cuáles son los motivos de utilidad pública o de interés general que pueden dar lugar a la expropiación, como una forma de garantizar el principio de legalidad.
>
> 2) La intervención de la jurisdicción, que a través de sus jueces y por medio de una sentencia judicial, debe determinar la procedencia de la expropiación en un caso concreto, intervención ésta que garantiza los derechos al debido proceso y a la defensa del particular que verá afectado el dominio que legitima y legalmente viene ejerciendo.
>
> 3) El pago de una indemnización previa a la expropiación que resarza los perjuicios que se le causen al particular con la orden de extinción de dominio en favor del Estado." [150]

Ahora bien, en el universo de los AII a partir los tratados celebrados, los estudios de organizaciones internacionales y las sentencias de los tribunales arbitrales se habla de la existencia de dos tipos de expropiación: la directa y la indirecta o progresiva, denominada así de esta manera por algunos estudiosos de los tratados de inversión.

Sobre la expropiación directa, encontramos varios casos llevados al CIADI, entre los cuales se encuentra el *No. ARB/11/25, de la sociedad OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela*[151], con base en el Convenio para el estímulo y protección recíproca de las inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, por la expropiación de las 2 mayores plantas de producción de envases de vidrio en Venezuela, el cual tuvo como origen la emisión televisiva donde

---

[149] Corte Constitucional, 1994. Sentencia C- 153 de 1994, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-153-94.htm

[150] ", C.P. Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Disponible en: http://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/PDF/25000-23-24-000-2006-01002-01.pdf

[151] CIADI, Caso No. ARB/11/25 del 10 de marzo de 2015, Demandante: OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1800/DC5643_Sp.pdf

el Presidente Chávez, anunció la inmediata expropiación de las empresas venezolanas de propiedad de Owens Illinois, y al día siguiente, se dictó la República Bolivariana de Venezuela dictó el Decreto de expropiación, formalizando con carácter urgente la adquisición forzosa de las empresas, apropiándose además de los saldos en las cuentas bancarias pertenecientes a las empresas.

En el caso antes referido, el Tribunal recordó que el artículo 6[152] del AII suscrito entre la República Bolivariana de Venezuela y los Países Bajos, se expresa en términos de prohibición, imponiendo a los Estados parte del Tratado, la obligación de abstenerse de adoptar "medidas expropiatorias", salvo que estas reúnan determinados requisitos, entre los cuales señala: el interés público, debido proceso, no discriminación y compensación adecuada.

Finalmente, el Tribunal tras verificar los hechos y los argumentos de las partes en controversia, determinó que la expropiación de la inversión ordenada era ilegal, en los siguientes términos:

> "426. En resumen, el Tribunal constata que la República Bolivariana no ha sido capaz de probar que el Decreto de Expropiación haya cumplido con todos los requisitos establecidos en el artículo 6 del APRI. Aunque el Tribunal ha llegado a la conclusión, que la expropiación se tomó en interés público y no presenta carácter discriminatorio, la República no se ha atenido al debido procedimiento jurídico, al no identificar con precisión los bienes que pretendía expropiar, y ha incurrido en un retraso excesivo y no justificado en el pago del justiprecio debido al amparo de la LECUPS. Por lo tanto, la expropiación de la inversión de la demandante no se ajusta a lo prescrito en el Tratado y debe considerarse ilegal."[153]

De otra parte, en cuanto a la expropiación indirecta, autores como FAYA[154] señalan que la misma reúne las siguientes características mínimas:

---

[152]"Article 6. Neither Contracting Party shall take any measures to expropriate or nationalise investments of nationals of the other Contracting Party or take measures having an effect equivalent to nationalisation or expropriation with regard to such investments, unless the following conditions are complied with: (a) the measures are taken in the public interest and under due process of law; (b) the measures are not discriminatory or contrary to any undertaking which the Contracting Party taking such measures may have given; (c) the measures are taken against just compensation. Such compensation shall represent the market value of the investments affected immediately before the measures were taken or the impending measures became public knowledge, whichever is the earlier, it shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment and shall, in order to be effective for the claimants, be paid and made transferable, without undue delay, to the country designated by the claimants concerned and in the currency of the country of which the claimants are nationals or in any freely convertible currency accepted by the claimants.". Disponible en: http://www.sice.oas.org/ctyindex/VEN/VENBITs_s.asp

[153] [153] CIADI, Caso No. ARB/11/25 del 10 de marzo de 2015, Demandante: OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1800/DC5643_Sp.pdf

[154] Cfr. FAYA, Alejandro, 2013. ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo, Instituto de Investigaciones

i) Es un acto atribuible al Estado

a. Implica una interferencia sobre los derechos de propiedad, de tal magnitud que deja dichos derechos inútiles, evitando su uso, goce o disposición.

b. A pesar de que el dueño permanezca con la propiedad legal o posesión del bien.

En la expropiación indirecta el efecto del comportamiento del Estado es la privación de al menos uno de los elementos de la propiedad del inversionista, y a diferencia de la expropiación directa, no se da la transferencia formal del título o derechos de dominio por lo cual usualmente el inversionista asiste a tribunales arbitrales para reclamar una indemnización que compense sus perjuicios[155]. Es indudable que el derecho internacional de las inversiones protege el derecho de propiedad del extranjero, aunque no es común en la actualidad que haya una transferencia formal de la propiedad por parte del Estado, constituyendo con ello una expropiación directa, sí lo es que, en ejercicio de su poder soberano, el Estado receptor interfiera en el derecho de uso de la propiedad e intereses del inversionista, limitación que se refugia en la denominada expropiación indirecta[156].

El problema de la expropiación indirecta exige una evaluación más compleja, en tanto, en la mayoría de los casos los Tribunales no tienen duda acerca del hecho de que la expropiación puede ser ocasionada por muchas clases de medidas, las cuales deben evaluarse por sus efectos acumulativos, tal y como se aprecia en otro caso conocido por el *CIADI, el No. ARB/02/16*, en donde en opinión del Tribunal, una deprivación sustancial mana del impedir al inversor el control de la inversión, la administración del día a día de las operaciones de la empresa, el arresto y detención de funcionarios o empleados de la empresa, la supervisión del trabajo de funcionarios, la interferencia en la administración, el impedir la distribución de dividendos, la injerencia en la designación de funcionarios o gerentes o la privación de que puede ser objeto la

---

Jurídicas de la UNAM, p.221. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf

[155]GALVIS, Natalia, 2018. Vulneración de contratos protegidos por una cláusula paraguas en acuerdos internacionales de inversión (AII), GAA. Trabajos de Grado - Pregrado en Derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia, p.p. 16. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1628

[156] GARCÍA, Laura, 2019, La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, v.12, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, p.p. 85-120. DOI: https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/7569

empresa de su propiedad o control en forma total o parcial. La lista de medidas podría ampliarse considerablemente teniendo en cuenta las decisiones de otros Tribunales, aunque tendría que cumplir siempre con el estándar de tener como resultado una privación sustancial de derechos[157].

En este punto, resulta importante precisar parafraseando el *caso Azinian*, no toda la actividad reglamentaria del gobierno que le dificulta o imposibilita a un inversionista llevar a cabo un determinado negocio, ni todo cambio en la legislación o en la aplicación de leyes existentes que torne antieconómico continuar un determinado negocio, constituyen una expropiación, en el ejercicio de sus poderes regulatorios, los gobiernos frecuentemente cambian sus leyes y regulaciones en respuesta a los cambios que se producen en las circunstancias económicas o en los aspectos políticos, económicos o sociales, estos cambios bien pueden tornar algunas actividades menos rentables o inclusive antieconómicas[158]

Dicho de otro modo, un inversionista extranjero en principio con derechos a protección puede establecer relaciones contractuales con una autoridad pública, y luego sufrir un incumplimiento por parte de esa autoridad y aún en esa situación no estar en posibilidad de formular una reclamación al amparo del tratado, es una circunstancia ordinaria de la vida en todo lugar que las personas puedan decepcionarse en sus tratos con las autoridades públicas, y que esta decepción se repita cuando los Tribunales nacionales rechazan sus reclamaciones, el tratado no tiene por objeto proporcionar a los inversionistas extranjeros una protección irrestricta frente a este tipo de desengaños, y ninguna de sus disposiciones permite entenderlo de otro modo[159]

En materia de derecho internacional y de las relaciones entre Estados el problema de la indemnización resulta de vital importancia debido a los antecedentes que muestran cómo las expropiaciones y las nacionalizaciones han sido fuente de serios conflictos internacionales, razón por la cual el respeto del estándar de protección de prohibición de la expropiación sin compensación pactado en los AII, resulta imperioso para los Estados parte, así como la interpretación amplia o estricta que realizan los tribunales en el análisis de los casos donde se alega la vulneración o desconocimiento de dicho estándar.

---

[157] Siempra Enegy Innternational c. La República Argentina, laudo arbitral, caso n° ARB/02/16, septiembre 28, 2007, par. 283.
[158] Marvin Feldman c. México, laudo arbitral, caso n° ARB(AF)/99/1 diciembre 16, 2002, par. 112
[159] Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, caso n° ARB(AF)/97/2 Laudo Arbitral del 1º de noviembre de 1999, par. 83.

4.4. Trato justo y equitativo (estándar mínimo de trato)

Tradicionalmente se concibe a la equidad como el principio que flexibiliza la aplicación de la ley en la norma individualizada, desde Aristóteles, equidad es igual a justicia, pero concebida como el principio que permite obtener la aplicación de la justicia donde la ley no alcanza este propósito. De acuerdo con esta idea, lo justo y lo equitativo son lo mismo. La justicia es universal, pero no siempre puede tener en cuenta los casos concretos en su aplicación, tomando como referencia la ley como medida de la justicia, la equidad estaría ahí para corregir la omisión o el error producido o la aplicación estricta de la misma, por lo que la equidad también es lo justo, y ambas, equidad y justicia no son incompatibles, sino que se complementan[160].

La Carta de la Habana de 1948, contenía en el artículo 11.2. la que para muchos es la primera referencia al estándar del trato justo y equitativo, en el cual se señalaba que la Organización podía en colaboración con otras organizaciones intergubernamentales cuando fuere pertinente asegurar un trato justo y equitativo a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes y a la tecnología llevados de un país miembro a otro[161].

Así mismo, se dice que el "trato justo y equitativo" es un estándar amplio y ampliamente aceptado que abarca estándares fundamentales como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad[162]. Se afirma que el trato justo y equitativo es un estándar absoluto o no contingente usado para proteger las inversiones extranjeras, en esta medida, es un estándar que establece un tratamiento a ser acordado en términos cuyo exacto significado deber ser determinado en referencia a circunstancias específicas de aplicación[163].

Tanto así, que independientemente de la forma en que los gobiernos lo interpreten, se entiende que el estándar mínimo, se refiere a un derecho consuetudinario internacional en evolución, que no está "congelado" en el tiempo, sino que evoluciona

---

[160] CERDA, Cristóbal y GOLDENBERG, Mónica, 2007. Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera: relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile: análisis jurisprudencial. Santiago, p.p. 8-11 Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112476

[161] Carta de la Habana, 1948. Artículo 11. 2. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf

[162] CIADI, 2004. MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Award, case n° ARB/01/7 May 25, 2004, par. 109

[163] MÁRQUEZ, Carlos, VILLEGAS, Lorenzo, 2009. Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho, Bogotá – Colombia, p.p. 155-180, ISSN: 1692-8156. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855

con el tiempo, dependiendo de la práctica general y constante de los Estados y la *opinio juris* reflejada en la jurisprudencia relacionada con la interpretación y aplicación de estos tratados[164].

Una definición de la cláusula de trato justo y equitativo en los AII es realizada por SORTO[165], para quien este estándar exige un comportamiento determinado de parte del país anfitrión y hacia las inversiones de los inversores foráneos, dicho comportamiento se fortalece con un inmenso abanico de criterios que deben respetarse, y en teoría permite discreción a los árbitros sobre la existencia o no de medidas contrarias u obstaculizadoras al fin de los acuerdos bilaterales de inversión en medio de políticas y regulaciones que pueden llegar a ser discrecionales y adoptadas de manera unilateral por parte de un Estado.

En los AII la cláusula de tratamiento justo y equitativo suele ser la más frecuentemente invocada en las controversias internacionales de inversión, el propósito de esta cláusula es llenar los vacíos que pueden dejar otros estándares específicos para que el inversionista pueda obtener el grado de protección otorgada por los AII. Numerosos casos han tratado de definir el concepto de trato justo y equitativo, pero la violación a este estándar es evaluada en cada caso particular, el concepto de trato justo y equitativo debe interpretarse a la luz de su significado ordinario, el derecho internacional y el principio de la buena fe[166].

El CIADI en el *caso No. ARB/01/08 del 12 de mayo de 2005*[167], en donde la sociedad americana CMS Gas Transmission Company alegaba que el gobierno argentino había faltado a su obligación de tratar su inversión de conformidad con la exigencia del trato justo y equitativo, prevista en el artículo II (2) (a) del tratado sobre la promoción y protección recíproca de inversiones celebrado entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América[168], y a su vez la demandada (República de

---

[164] OECD, 2004. Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, Number 2004/3, September 2004. Disponible en https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf

[165] SORTO, Rudy, 2013. Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales, San José, Costa Rica. p.p. 57 Disponible en: http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1809/1/35214.pdf

[166] CASTRO, María Natalia, 2017. El Estado Colombiano ante un arbitraje de inversión, Derecho del Estado, No. 38, Universidad Externado de Colombia, enero – junio de 2017, p.p. 26 – 66, doi: https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02

[167] CIADI, 2005.Caso No. ARB/01/08, Demandante: CMS Gas Transmission Company, Demandado: República Argentina. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4/DC504_Sp.pdf

[168] Tratado sobre la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Argentina y los Estados Unidos de América, 1991. Artículo II (2) (a): "se otorgará siempre un trato justo y equitativo a las inversiones, las que gozarán de entera protección y seguridad y en ningún caso se les concederá un

Argentina) invocaba la situación de emergencia nacional provocada por la crisis económica y social, como fundamento eximente de la responsabilidad prevista en el derecho internacional y en el tratado, realizó las siguientes precisiones:

i) El tratado como la mayoría de tratado bilaterales sobre inversiones no contiene una definición del estándar de trato justo y equitativo. Sin embargo, el preámbulo del tratado establece claramente que uno de los principales objetivos de la protección prevista es que el trato justo y equitativo es deseable para "mantener un marco estable para las inversiones y la utilización más eficaz de los recursos económicos".

ii) Los numerosos tratados tanto bilaterales como multilaterales que se han ocupado de este estándar muestran inequívocamente que el trato justo y equitativo es inseparable de la estabilidad y la previsibilidad.

iii) El problema no es que sea necesario congelar el marco jurídico pues éste siempre puede evolucionar y ser adaptado a los cambios de las circunstancias, pero tampoco puede eliminarse un marco por completo cuando se han asumido compromisos específicos en sentido contrario. El derecho aplicable a las inversiones extranjeras y su protección ha sido desarrollado con el objetivo específico de evitar esos efectos jurídicos adversos[169].

Finalmente, el Tribunal en el caso antes referido consideró que el trato justo y equitativo es un requisito objetivo que no guarda relación con que el demandado haya o no tenido una intención deliberada o mala fe al adoptar las medidas en cuestión por lo que concluyó a la luz de los antecedentes de la controversia que las medidas adoptadas por la República Argentina tuvieron el efecto de producir una contravención objetiva del estándar del trato justo y equitativo, establecido en el artículo II (2) (a) del tratado y de cumplir los compromisos contraídos respecto de las inversiones.

Para SORNARAJAH, hay por lo menos dos visiones predominantes sobre el contenido del estándar del trato justo y equitativo, la primera, como estándar que nada agrega a la noción de trato mínimo internacional, oriundo de la costumbre internacional, y la segunda, como estándar que extrapola el objetivo del estándar del trato mínimo del

---

trato menos favorable que el que exige el derecho internacional". Disponible en: http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/binv_aus.asp

[169] CIADI, 2005.Caso No. ARB/01/08, *Op. Cit.*

derecho internacional permitiendo que los tribunales arbitrales creen nuevos estándares dentro de la noción más amplia de trato justo y equitativo[170].

Para ilustrar este tipo de visiones en el contenido de las cláusulas pactadas en los AII, a continuación, haremos alusión a la contenida en el tratado celebrado en la década del noventa entre la República del Perú y el gobierno de la República de Francia, en el cual cláusula del trato justo y equitativo fue pactada en los siguientes términos:

> "Artículo 3. Cada una de las partes se compromete a asegurar en su territorio y área marítima un tratamiento justo y equitativo conforme a los principios del derecho internacional, a las inversiones de los nacionales y sociedades de la otra parte contratante, de modo que el ejercicio del derecho así reconocido no sea obstaculizado ni de hecho ni de derecho"[171]

En contraste, se observa en el 2010 el texto del estándar del trato justo y equitativo contenido en el AII celebrado entre la República de Colombia y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que establece:

> "3. Cada parte contratante otorga un trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante.
>
> 4. Para mayor certeza:
>
> (a) Los conceptos de "trato justo y equitativo" y de "protección y seguridad plenas" no requieren un tratamiento adicional a aquel exigido de acuerdo con el derecho internacional.
>
> (b) El "trato justo y equitativo" incluye la prohibición de denegar justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo.
>
> (c) La determinación de que se ha infringido otra disposición del presente Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no implica que se haya infringido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo"[172].

Ahora bien, durante el período 2003-2017 fueron identificados 143 AII en vigencia o firmados por países de la región Latinoamericana, de los cuales sólo 16 habían sido celebrados exclusivamente entre países de la región, lo que para MOROSINI y XAVIER[173] indica que las tendencias de los AII Latinoamericanos derivan en muchos casos, de una imposición de modelos de redacción de contrapartes

---

[170] SORNARAJAH, M, 2010. The international law on foreign investment, 3 ed, New York: Cambridge University Press, p. 349. Doi: https://doi.org/10.1017/CBO9780511617027

[171] Acuerdo sobre promoción y protección recíproca de las inversiones entre la República del Perú y el gobierno de la República Francesa. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/PER_France_s.pdf

[172] Acuerdo bilateral para la promoción y protección recíproca de las inversiones entre la República de Colombia y el Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COL_UK_s.pdf

[173] MOROSINI, Fabio, XAVIER, Ely, 2015. Estándar del trato justo y equitativo, Revista Direito das Relacoes Sociais e Trabalhistas, Janeiro, Vol.1, No.1, p.p. 18-21. Disponible en: https://www.academia.edu/37288010/EST%C3%81NDAR_DE_TRATO_JUSTO_Y_EQUITATIVO

con mayor poder de negociación, así mismo destacan que las cláusulas de trato justo y equitativo de los AII latinoamericanos no presentan uniformidad en la redacción de la cláusula, pluralidad que se torna esencial la comprensión del sentido atribuido al estándar en la interpretación realizada por los tribunales arbitrales.

De hecho, dado el contenido ambiguo en el texto de muchas de las cláusulas que contienen el estándar del trato justo y equitativo en los AII, los Tribunales en la interpretación del mismo, han terminado ampliando la protección del inversor, lo cual se puede observar en disputas recientes, en donde los inversores invocando el trato justo y equitativo cuestionan una serie de conductas estatales que van desde alteraciones genéricas en la legislación del Estado receptor de las inversiones, decisiones de agencias del poder ejecutivo direccionadas, así como decisiones de cortes domésticas del país receptor[174].

En este punto, resulta pertinente hacer alusión al *Caso No. ARB (AF) 97/1 de Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos*[175], adelantado ante el CIADI, en donde la sociedad demandante alegaba que los Estados Unidos Mexicanos a través de sus gobiernos locales interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos, lo cual en opinión de la sociedad constituía una violación de las disposiciones del capítulo 11 sobre inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte – TLCAN, en particular del artículo 1105 (1) que dispone que cada parte en el tratado "otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas". El Tribunal realizó las siguientes consideraciones en el acápite del laudo donde analizó el artículo 1105 del TLCAN referidas al trato justo y equitativo:

i) El objetivo subyacente del TLCAN es el de promover e incrementar las oportunidades transfronterizas de inversión y asegurar el éxito de la implementación de las iniciativas de inversión.

ii) En la declaración de principios y reglas que introduce el tratado, la referencia a la "transparencia" es de importancia mayor, por lo que el Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar,

[174] BONNITCHA, Jonathan, SKOVGAARD, Lauge, WAIBEL, Michale, 2017. The political economy of the investment treaty régimen, New Yor, Oxfortd University Press, p.108. ISBN. 9780998719557.

[175] Laudo arbitral, caso No. ARB (AF) 97/1, Demandante: Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1473/Metalclad_Laudo_esp.pdf

completar, y operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra parte.

iii) El permiso de construcción se negó sin un estudio detenido de, o referencia específica a, los aspectos de construcción o defectos materiales del inmueble.

iv) México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad, estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo de relación con un inversionista de una parte que actúo con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN[176].

Finalmente, el Tribunal en el caso antes reseñado concluyó que los actos de México no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105 (1) del TLCAN y por tanto señaló que Metalclad no fue tratado justa y equitativamente, concediendo la reclamación solicitada por la sociedad demandante[177].

Resulta importante destacar que, en respuesta a la interpretación expansiva del estándar del trato justo y equitativo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN elaboró en el 2001 una nota interpretativa[178] en relación con el artículo 1105 (1) en los siguientes términos:

> "Habiendo revisado la operación de los procedimientos que se han llevado a cabo conforme al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Comisión de Libre Comercio adopta las siguientes interpretaciones del capítulo XI, con el objeto de aclarar y reafirmar el significado de algunas de sus disposiciones:
>
> B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional
>
> 1. El artículo 1105(1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra parte.

---

[176] Cfr. Laudo arbitral del 30 de agosto de 2000, caso No. ARB (AF) 97/1, Demandante: Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos: "131. Por lo expuesto, el Tribunal decide, por el presente, que, según surge el monto de la inversión de Metalclad en el proyecto, deducida la desestimación de gastos reclamados por 1991 y 1992, deducido el monto reclamado a modo de asignación de gastos, y deducido el monto estimado para la reparación, más un interés compuesto del 6% anual, la parte demandada pagará a Metalclad, dentro de los 45 días a partir de la fecha en que el presente Laudo haya sido pronunciado, la suma de US$16,685,000,00. Transcurrido dicho plazo, se acumulará un interés compuesto del 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta". Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1473/Metalclad_Laudo_esp.pdf

[177] Ibid.

[178] COMISIÓN DE LIBRE COMERCIO, 2001. Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11. Disponible en: http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp

2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.

3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105 (1)".

La UNCTAD[179]. en el 2012, señaló que no existe una práctica uniforme de los tribunales arbitrales respecto del método de interpretación del estándar del trato justo y equitativo, en parte debido a la multiplicidad de metodologías interpretativas causada por las particularidades de la redacción de la cláusula en los AII, sin embargo, destaca que ha habido una convergencia considerable en términos de los elementos que incorpora el estándar del trato justo y equitativo, independientemente de cómo el mismo se exprese en el tratado, lo que ha dado lugar al surgimiento de los siguientes cinco conceptos principales:

i) Prohibición de la arbitrariedad manifiesta en la toma de decisiones, es decir, medidas tomadas puramente sobre la base de prejuicios o sesgos sin un propósito legítimo o una explicación racional.

ii) Prohibición de la denegación de justicia o desprecio de los principios fundamentales del debido proceso.

iii) Prohibición de la discriminación selectiva de personas por género, raza o creencias religiosas.

iv) Prohibición del trato abusivo a inversionistas, incluyendo coerción, coacción y acoso.

v) Protección de las expectativas legítimas de los inversores que surjan de las representaciones específicas de un gobierno o de las medidas de atracción de inversiones, aunque equilibradas con el derecho del Estado anfitrión de regular el interés público.

Así, el estándar del trato justo y equitativo pasó a representar en función de la intensa actividad interpretativa de los Tribunales arbitrales un tema central en las actuales discusiones sobre la reforma del régimen internacional de las inversiones extranjeras[180], lo cual ha dado lugar a múltiples críticas entre quienes consideran que esta ampliación del sentido del estándar del trato justo y equitativo hay un desvío

[179] UNCTAD, 2012. Fair and equitable treatment, Organización de Naciones Unidas, New York and Geneve, p.p. 5-89. ISBN 978-92-1-112827-7. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

[180] XAVIER, Ely, COSTA, José, 2018. A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e solucoes possiveis, Universidad de Sao Paulo, Sao Paulo, p.p. 24-54.

interpretativo y en cierta medida estructural del Derecho Internacional de las inversiones en favor de los inversores extranjeros, que parece haber evolucionado del "estándar internacional mínimo al estándar máximo de trato"[181].

4.5. Protección y seguridad plenas

El estándar de protección y seguridad plenas es un principio que tiene su origen en los tratados de amistad, comercio y navegación modernos y no genera ninguna responsabilidad para el Estado anfitrión, pero amplía las obligaciones que las partes han adquirido e implica que el Estado anfitrión debe ejercer la debida diligencia para la protección de la inversión extranjera[182]. El estándar acá estudiado ha sido considerado como de difícil definición, en el año 1999 la Comisión de Derecho Internacional señaló que es una obligación de "comportamiento referente al grado de diligencia con que deberían actuar los Estados"[183].

Sobre el particular, como lo afirma ENDARA[184] estamos frente a una obligación general de debida diligencia sobre propiedad extranjera la cual incluye inversión e inversionista, por lo tanto, según el caso concreto el inversionista tendrá que acreditar si los daños sufridos son atribuibles al Estado. Por lo tanto, si bien el Estado no responde por todos los daños que puedan sufrir los inversionistas, el estándar de protección y seguridad plenas puede ser vulnerado, cuando una vez conocido el hecho que produjera un daño por parte de terceros el Estado receptor no toma las medidas adecuadas para prevenir o mediar dicha situación.

La Corte Constitucional de Colombia al analizar la cláusula de protección de las inversiones contenido en el AII celebrado con la República de la India, señaló:

> "El precepto garantiza un trato justo y equitativo, seguridad y protección plenas, aclarando que el nivel mínimo de trato estará vinculado con que el interés del inversionista será respetado de manera justa y equitativa, gozando siempre de protecciones básicas como acceso a la administración de justicia y protección policial de sus activos. Este artículo expresa el alcance

[181] SUBEDI, Surya,2008. International Investment Law: reconciling policy and principle, Oxford: Hard Publishing, p.140.

[182] RODRIGUEZ, María y Rodriguez, Juana, 2007. Acuerdos bilaterales para la protección de inversión extrajera en países subdesarrollados – caso colombiano. Bogotá D.C., p. 65 Disponible en: https://biblos.javeriana.edu.co/uhtbin/cgisirsi/?ps=wDYTmMsdQj/B-GENERAL/90840183/9

[183] COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1999. Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, 51º período de sesiones, ONU, Ginebra, A/CN.4/501.

[184] ENDARA, Francisco, 2010. ¿La protección y seguridad plena de las inversiones el estándar olvidado de los Tratados Bilaterales de inversión? Revista jurídica de Derecho Público, Quito, Tomo 2, p.p. 444 a 446. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/01/443a460_la_proteccion.pdf

de la obligación, como la de no denegar justicia en procesos judiciales, al paso que la protección y seguridad plenas es policial y no implica más que otorgar el mismo trato dado a los nacionales de cada parte"[185].

En cuanto a la interpretación del estándar protección y seguridad plenas, la mayoría de los Tribunales se oponen al textualismo, ya que consideran que las diferencias terminológicas entre las formulaciones del estándar son irrelevantes y no afectan la interpretación y aplicación de la cláusula. La presencia o ausencia de adjetivos como "completo", "adecuado" y "más constante" no afectan el grado de protección que brinda el estándar, así como tampoco lo hace el poner "protección" antes que "seguridad" o viceversa, en general, se acepta que la variación del lenguaje en la formulación de la cláusula no supone una diferencia significativa en el nivel de protección que debe proporcionar un estado anfitrión[186].

Cabe destacar, que tradicionalmente el ámbito de aplicación del estándar se limitaba exclusivamente a la protección física del inversionista o de su inversión, pero dicha noción ha venido siendo revaluada, de ello dan cuenta laudos de varios Tribunales que han considerado que dicha protección va más allá de la seguridad física, realizando una interpretación amplia de la cláusula de protección y seguridad plenas contenida en los AII, tal y como a continuación se explicará.

Si bien el estándar de protección y seguridad plenas ha venido siendo interpretado de la misma forma bajo el derecho internacional consuetudinario y el convencional, resulta importante hacer alusión al *caso CIADI No. ARB/01/12 de Azurix Corp contra la República Argentina*[187], en donde la sociedad demandante argumentó que como consecuencia de la rescisión por parte del gobierno de la provincia de Buenos Aires del contrato de concesión para la distribución de agua potable, recolección y tratamiento de líquidos cloacales, tales medidas adoptadas equivalían a una expropiación, además de la violación de las obligaciones del AII de aplicar un trato

[185] CORTE CONSTITUCIONAL, 2012. Sentencia de constitucionalidad C-123 del 22 de febrero de 2012, análisis de constitucionalidad el Acuerdo para la promoción y protección de las inversiones entre Colombia y la República de la India. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2012/C-123-12.htm

[186] JUNNGAM, Nartnirun, 2018. The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured From?, American University Business Law Review. Washington D.C. Vol. 7, No. 1 (2018) p. 57. Available at: https://digitalcommons.wcl.american.edu/aublr/vol7/iss1/1

[187] CIADI, 2006. Caso ARB/01/12 del 14 de julio de 2006, Demandante: Azurix Corp, Demandada: República Argentina. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5/DC507_Sp.pdf

justo y equitativo, no discriminación y otorgar protección y seguridad plenas a la inversión.

Frente al tema puntual del estándar de protección y seguridad plenas, la sociedad demandante alegó que el mismo no se limita a las funciones básicas de policía, sino que exige que el gobierno ejerza un deber de vigilancia y debida diligencia dentro de su sistema político y jurídico con el fin de proteger las inversiones. A su vez la República Argentina sostuvo que la sociedad demandante sólo le había solicitado que interpusiera sus buenos oficios para asegurar el cumplimiento del contrato de concesión, por lo que solicito se tuviera en cuenta que, en el período bajo examen, la República Argentina atravesaba la peor crisis económica, social e institucional de su historia.

El Tribunal del CIADI tras citar otros casos arbitrales, en relación con la violación del estándar, sostuvo:

> "408. El Tribunal está convencido de que el trato justo y equitativo está interrelacionado con la obligación de otorgar al inversor protección y seguridad plenas. Los casos arriba referidos muestran que se entendió que **el concepto de protección y seguridad plenas ibas más allá de la protección y seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física desde el punto de vista del inversor, no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro.**" [188](negrilla fuera de texto).

Finalmente, el Tribunal en el laudo concluyó que la República Argentina no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, por lo que consideró que también había incumplido el estándar de protección y seguridad plenas dispuestos en el AII, y condenó a la demandada a pagar una indemnización e intereses a la sociedad Azurix Corp.

Precisamente, sobre este punto de la protección de las inversiones extranjeras en conflictos armados y situaciones de emergencia como la alegada por Argentina en el caso antes reseñado, para el profesor PALOMAR[189] aunque la mayoría de los AII no lo regulen expresamente en su texto, de acuerdo con el objeto y fin de los mismos, ha de entenderse que la obligación de trato justo y equitativo, así como la de plena protección y seguridad, operará también en situaciones excepcionales o de emergencia, advirtiendo que en la práctica, la plena protección y seguridad no se aplica solo a situaciones de violencia, pues su efectividad puede consistir en la comprobación del cumplimiento en

[188] CIADI, Op.cit., p.p. 164-165.
[189] PALOMAR, Antonio, 2007. La protección de las inversiones extranjeras en conflictos armados y situaciones de emergencia, Agenda Internacional, Año XIII, No. 24, p.p. 302-303. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/Dialnet-LaProteccionDeLasInversionesExtranjerasEnConflicto-6302271%20(1).pdf

circunstancias normales del derecho a la tutela efectiva ante una controversia de inversiones.

4.6. Otras protecciones

Si bien los estándares sustantivos de tratamiento y protección a los que nos hemos referido en este acápite del trabajo de investigación son los de mayor reconocimiento en el ámbito de los AII, existen otras protecciones que también hacer parte de este tipo de acuerdos, como lo son la garantía de libre transferencia de capital y utilidades, la entrada y salida de personal y la transparencia respecto de las cuales si bien no se ha escrito mucho, merecen ser mencionadas y que se haga referencia a ellas y al papel que cumplen en los tratados de inversión.

En primer término, haremos alusión a la garantía de libre transferencia de capital y utilidades, en virtud de esta cláusula a los inversionistas extranjeros se les autoriza en términos generales a repatriar tanto sus capitales como otros activos vinculados a ellos y, en algunos casos, se les permite incluso sin mayores requisitos el internar nuevas sumas de dinero[190].

La OCDE ha señalado que la garantía de libre transferencia de capital y utilidades de los AII es un elemento clave para los inversores y el funcionamiento de sus inversiones, en tanto, para el inversionista, el derecho a realizar dichas transferencias mejora la viabilidad, implementación y rentabilidad del proyecto, contratio sensu, los derechos de transferencia ilimitados, pueden plantear algunas preocupaciones para los países receptores de la inversión, como la disponibilidad de divisas y la fuga masiva de capitales en tiempos de dificultades económicas[191].

Tanto en los AII como en los capítulos de inversión de los TLC la protección de libre transferencia suele encontrarse redactada de manera amplia, incluyendo una lista de activos respecto de los cuales se considera por los Estados parte existe una "conexión" con la inversión, así mismo, la mayoría de estas cláusulas contienen una limitación referida al momento a partir del cual el inversionista puede repatriar el capital invertido, que usualmente se cuentan desde que la inversión se ha efectuado o desde que

[190] RIQUELME, Carlos, 2015. La cláusula de transferencia de fondos en los tratados internacionales de inversión de Chile, Revista latinoamericana de Derecho Comercial Internacional /Latino American Journal of International Trade Law, No. 1, Vol. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, México, p. 209. ISSN: 2001-7440. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/33009-30000-1-PB.pdf

[191] OECD, 2017. Enhancing the legal framework sustainable invsment: lessons from Jordan, Jordan Competitiveness and Investment Project. Project Insighths. Jordan, p. 48 Disponible en: https://www.oecd.org/mena/competitiveness/investment-and-trade.htm

ha entrado al territorio del Estado receptor de la inversión, tal y como se puede apreciar en el AII celebrado entre Ecuador y Chile:

> "**ARTÍCULO VI: Transferencias**. (1) Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante la transferencia sin demora de los pagos relacionados con una inversión y, en particular, aunque no exclusivamente de:
>
> a) El capital y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento y desarrollo de las inversiones;
>
> b) Los beneficios, utilidades, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes;
>
> c) Los fondos para el reembolso de los préstamos tal como se definen en el artículo I, inciso (1), (c);
>
> d) Las regalías;
>
> e) El producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;
>
> f) Las compensaciones previstas en el artículo V; y,
>
> g) Los pagos que deben efectuarse en virtud de la subrogación prevista en el artículo VII del presente Acuerdo.
>
> (2) Para efectos del presente artículo, se entenderá que una transferencia es realizada sin demora cuando se efectúe dentro del plazo normalmente necesario para el cumplimiento de las formalidades respectivas. El plazo se contará desde el día en que se haya presentado la debida solicitud, acompañada de los documentos necesarios, no pudiendo en ningún caso exceder de sesenta días.
>
> (3) Las transferencias se realizarán en moneda libremente convertible y al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha en que se realicen."[192]

En el AII entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur, se detallan los casos en los cuales una parte contratante podrá impedir la realización de la transferencia, así como en caso de desequillibrio o de amenaza a la balanza de pagos la posibilidad de restringir las transferencias, en los siguientes términos:

> "ARTÍCULO 7 Transferencias 1. Cada Parte Contratante permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión de un inversionista de la otra Parte Contratante sean realizadas libremente y sin demora hacia y desde su Área. Las transferencias se efectuarán en una divisa de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia. Dichas transferencias incluirán:
>
> (a) ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos de regalías, pagos por administración, pagos por asistencia técnica y otras remuneraciones, así como otras sumas derivadas de la inversión;
>
> (b) productos derivados de la venta total o parcial de la inversión, o de la liquidación total o parcial de la inversión;

[192] Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Chile y el Gobierno de la República del Ecuador, disponible en: http://www.sice.oas.org/BITS/ECUCHILS.ASP

(c) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte un inversionista o su inversión, incluidos pagos efectuados conforme a un convenio de préstamo;

(d) pagos derivados de una indemnización por compensación por pérdidas o expropiación; y

(e) pagos derivados del Capítulo III, Sección Primera.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 anterior, **una Parte Contratante podrá impedir la realización de una transferencia por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de su legislación en los siguientes casos**:

(a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de acreedores;

(b) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones y derivados;

(c) infracciones penales o administrativas;

(d) informes financieros o registros de transferencias de divisas u otros instrumentos monetarios, cuando sea necesario acudir a la aplicación de la ley o a las autoridades financieras regulatorias;

(e) asegurar el cumplimiento de los juicios, órdenes o sentencias en procedimientos judiciales o administrativos; o

(f) seguridad social, jubilación pública o planes de ahorro obligatorios.

3. **En caso de un desequilibrio fundamental en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, una Parte Contratante podrá temporalmente restringir las transferencias, siempre y cuando dicha Parte Contratante instrumente medidas o un programa de conformidad con los Artículos del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional. Estas restricciones serán aplicadas sobre una base equitativa no discriminatoria y de buena fe**."[193](negrilla fuera de texto).

Cabe anotar, que en los capítulos de inversión de los TLC se suelen pactar medidas de salvaguardia respecto a pagos y movimientos de capital, al respecto la Corte Constitucional Colombiana[194] en sentencia de constitucionalidad *C- 184/16 del 14 de*

[193] Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur, Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/MEX_SGP_s.pdf

[194] CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 2016. Sentencia de constitucionalidad C-184/16 del TLC celebrado entre la República de Colombia y la República de Corea: "145.- En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad condicionada del literal "a" del numeral 2º del Anexo 8-C a que se interprete que el plazo allí establecido tiene el carácter de una orientación de política exterior a las autoridades competentes y en este sentido, (…). La decisión descrita comporta los siguientes efectos: a. El Gobierno de la República de Colombia le informara a la República de Corea, de conformidad con el numeral 3º del artículo 19-1 del tratado de libre comercio[208] -que le da a la Comisión Conjunta facultades de interpretación del acuerdo- que el entendimiento de los términos de las medidas de transferencias como criterio orientadores de la política cambiaria constituyen una **interpretación** de la cláusula prevista en el literal "a" del numeral 2º del Anexo 8-C y no una modificación del texto del Acuerdo. b. El Gobierno de la República de Colombia formulará la respectiva declaración interpretativa, en los términos indicados en esta decisión, cuando deposite el instrumento de ratificación del tratado. c. En consideración a que es válido que la Corte interprete el tratado para ajustarlo a la Carta Política, la declaración interpretativa ordenada no implica su modificación y, por ende, no es necesaria una nueva negociación, ley aprobatoria del tratado o revisión de constitucionalidad por parte de esta Corporación. d. De esta forma, se excluye la posible responsabilidad del Estado colombiano

abril de 2016, al estudiar el literal a numeral 2 del Anexo 8-C del TLC celebrado entre la Repùblica de Colombia y el Gobierno de la Repùblica de Singapur, declaró la inexequebilidad condicionada de la norma citada, para lo cual manifestó que el criterio sostenido y reiterado de la Corte en relación con las medidas de transferencias de capitales sin impedimentos, ha sido que las mismas resultan constitucionales en la medida en que las excepciones que usualmente se prevén a ese flujo libre dejen a salvo la autonomía en la dirección de la economía por parte de los Estados y establezcan la posibilidad de que se emprendan acciones para controlar el flujo de capitales cuando se ponga en riesgo la estabilidad económica, sin fijar límites temporales expresos, sino posibles contenidos materiales que sustenten la decisión.

Similares reservas en relación con la protección de libre transferencia de capital y utilidades pactadas en los AII se observan en el resto de países de la Región Latinoamericana, en Chile como lo afirman POLANCO y YAÑEZ[195] cada uno de los tratados de inversión han incluido las reservas correspondientes a las atribuciones del Banco Central, las que incluyen regular la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de las operaciones de crédito y cambios internacionales, establecimiento de restriccciones o limitaciones a los pagos corrientes y transferencias (movimientos de capital) desde o hacia Chile, así como las operaciones relacionadas con ellas, como por ejemplo, establecer que los depósitos, inversiones o créditos que provengan o se destinen al exterior estén sujetos a un requisito de reserva.

En segundo término, nos referiremos a la garantía de transparencia como estándar de protección en los AII, sobre la misma no existe una definición comúnmente acordada, se afirma que significa cosas diferentes para diferentes grupos, ya sean organizaciones internacionales, reguladores de inversiones extranjeras o para los propios inversores, lo que refleja en parte la naturaleza evolutiva de la comprensión del concepto transparencia, algunos de los conceptos existentes de transparencia se centran en las medidas o prácticas que promueven o protegen los derechos a la información del sector público[196].

---

derivada del incumplimiento de un término rígido en el ejercicio de las competencias del Banco de la República…" Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-184-16.htm

[195] POLANCO, Rodrigo, YAÑEZ, Felipe, 2016. La relación entre tratados de inversión y convenios de doble tributación: el caso chileno, Cuaderno CRH, Salvador, V.29, n.SPE 03, p.p. 151-170. Disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792016000600151&script=sci_arttext

[196] NIXON, Roy, 2004. Transparency obligations in international investment agreements. Australia, p. 56 Disponible en: https://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/International_investment_agreements.pdf

Sobre el particular, debe destacarse que el concepto de transparencia está estrechamente asociado con la promoción y protección en el campo de la inversión internacional, de hecho para la UNCTAD[197] la transparencia significa que se conocen las intenciones de los países receptores con respecto a la inversión extranjera directa y que esas intenciones se exponen con claridad en las leyes y reglamentos, según algunas disposiciones contenidas en los AII, en caso de que adopten nuevas políticas, éstas deben comunicarse a los afectados con la suficiente antelación y, en ocasiones prepararse en el marco de consultas con los interesados, aclarando que si un país receptor desea mantener a los inversores extranjeros fuera de determinados sectores puede hacerlo, pero de manera clara y transparente.

La OCDE tiene una visión mucho más amplia de la transparencia, para quien, si bien estas medidas o prácticas básicas son de relevancia casi universal, la transparencia es el resultado de una comunicación bidireccional exitosa sobre políticas entre los gobiernos y otras partes interesadas, reconociendo el avance que ha presentado en los últimos años este estándar, lo cual se evidencia en el uso cada vez mayor de una serie de consultas públicas y herramientas de accesibilidad a la información[198].

Organizaciones internacionales como la APEC (Asia – Pacific Economic Cooperation)[199], han realizado pronunciamientos expresos en relación con el estándar de transparencia, tal y como puede observar en las declaraciones realizadas durante la reunión de líderes del año 2002, en donde los miembros plantearon la visión de comercio e inversión libres y abiertos, señalando como compromiso la implementación

---

[197] UNCTAD, 2009. El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de la inversión extranjera directa hacía los países en desarrollo, Naciones Unidas, New York y Ginebra, p.23. ISBN. 978-92-1-312360-7. Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/diaeia20095_sp.pdf

[198]OCDE, 2002. Regulatory Policies in OECD Countryes from interventionism to regulatory governance, Paris, France, p.p. 65-66. ISBN 92-64-19893-8. Disponible en: http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/OECD-Regulatory-Policies-in-OECD-Countries-2002.pdf

[199] APEC, 2002. Declaración de líderes: "Implementación de la visión APEC de comercio e inversión libres y abiertos. Discutimos la contribución fundamental del comercio al crecimiento económico y la necesidad de que APEC apoye firmemente el sistema de comercio multilateral al tiempo que implementa nuestros compromisos:

- Adoptamos la declaración adjunta para implementar los estándares de transparencia de APEC y ordenamos que estos estándares se implementen tan pronto como sea posible, y en ningún caso después de enero de 2005. Acordamos que las economías que pueden implementar estos estándares antes bajo la ley nacional o un acuerdo int0ernacional otorgarán sus beneficios inmediatamente a todas las economías de la APEC.

- Resolvimos fortalecer la confianza en los mercados y la confianza de los inversores mediante la implementación de medidas para mejorar los estándares y prácticas de gobierno corporativo en las economías miembros de APEC y promover la transparencia de las políticas que afectan el comercio y la inversión. Reconocimos la necesidad de que las economías miembros revisen periódicamente sus prácticas de gobierno corporativo para reflejar el entorno cambiante del mercado.". Disponible en: https://www.apec.org/Meeting-Papers/Leaders-Declarations/2002/2002_aelm.aspx

del estándar de transparencia, ordenando su implementación en sus economías de manera inmediata, así como el fortalecimiento de la confianza de los inversores mediante la implementación de medidas para mejorar los estándares y prácticas de gobierno corporativo en las economías miembros de APEC, promoviendo la transparencia de las políticas afecten el comercio y la inversión.

En el ámbito del arbitraje de inversiones es innegable la necesidad de transparencia, sin embargo, aunque resultan muy favorables los pasos que se vienen dando respecto a la existencia de transparencia de este tipo de arbitrajes, un gran número de los tratados de inversión vigentes carecen de cláusula o disposición alguna que regule la transparencia, es más la inmensa mayoría guarda silencio al respecto[200].

No obstante lo anterior, una muestra de que la garantía de transparencia en los AII cada día cobra mayor importancia, es la reciente aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil de la Convención sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado[201], reconociendo en el preámbulo de la misma la necesidad de disposiciones sobre la transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado, a fin de tener en cuenta el interés público al que afectan dicho arbitraje.

Al respecto, SERVÁN[202] considera que la necesidad principal de transparencia está basada en la necesidad de generar mayor confianza en la institución como mecanismo de resolución de controversias, pues el movimiento hacia la transparencia debería conducir a la eliminación de sospechas, así como a la mejora de los sistemas de resolución de controversias entre inversores y Estado, ese movimiento hacia la transparencia o tendencia ha llevado a que los Estados regulen nuevos estándares de transparencia en los tratados de inversión, a fin de tener en cuenta los múltiples intereses involucrados.

---

[200] FEBLES, Nayiber, 2019. La transparencia en el arbitraje internacional y en los tratados bilaterales de inversión, Universidad de Girona, Departamento de Derecho Público, Girona, p.p. 83-84. Disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/16805/tnfp_20190329.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[201] Naciones Unidas, 2014. Convención sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf

[202] SERVÁN, Nicolás, 2020. Armonizando tensiones: la necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad, Universidad del Pacífico, Revista de Derecho, Vol. 8, Num.12, p.p. 44-68. Disponible en: https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/download/1354/1470?inline=1

Finalmente, haremos referencia a la garantía de entrada y salida de personal contenida en la mayoría de los AII, y que básicamente permite la entrada y estadía de personal extranjero, con el propósito de operar la inversión, también se extiende a personal clave, técnico o administrativo[203], para mayor ilustración citaremos la cláusula contenida en el tratado de inversión suscrito entre la República del Perú y la República de Colombia:

> "Artículo 5: Altos ejecutivos, juntas directivas y entrada temporal.
>
> 1.- Ninguna parte puede exigir que una empresa de esta parte, que sea una inversión cubierta, designe a personas naturales de una nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.
>
> 2.- Una parte puede exigir que la mayoría de los miembros de las juntas directivas o cualquier comité de los mismos, de una empresa de esa parte que sea una inversión cubierta, sean de una nacionalidad en particular o residentes en el territorio de la parte, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control sobre su inversión.
>
> 3.- Sujeto a sus leyes, reglamentos y políticas relativas a la entrada de extranjeros, cada parte otorgará autorización de entrada temporal a los nacionales de la otra parte, que sean:
>
> a) Inversionistas; o
>
> b) Empleados por un inversionista de la otra parte, que busquen prestar servicios a una inversión de ese inversionista en el territorio de la parte, en cargos de gerencia o ejecutivos o que requieran conocimientos especializados". [204]

El AII celebrado entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia, contiene una cláusula de entrada y estancia de personal, redactada en términos más amplios:

> "ARTICULO 5. Entrada y estancia de personal. Dentro del marco de sus leyes, reglamentos y políticas, cada parte contratante considerará favorablemente las solicitudes para el otorgamiento de los permisos necesarios para emplear personal clave de tipo gerencial y técnico de su elección proveniente del exterior, en relación con las inversiones en su territorio."[205]

A nivel de los tratados de inversión el término personal clave abarca dos dimensiones: libertad para contratar y entrada temporal. La libertad para contratar se refiere al derecho otorgado al inversionista para contratar en puestos de alta dirección a personal en el país anfitrión sin importar su nacionalidad o ciudadanía, y la entrada

---

[203] LINARES, Alejandro, 2020. Esquemas de arbitraje internacional de inversión, tirant lo blanch, Bogotá, Colombia, p. 67. ISBN. 978-84-1355-109-8.

[204] Acuerdo entre la República de Perú y la República de Colombia sobre promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COL_PER_s.pdf

[205] Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de Australia sobre la promoción y protección recíproca de las inversiones. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/MEX_AUS_s.pdf

temporal de personal clave se refiere al derecho otorgado a un inversionista para ingresar al país anfitrión o para traer personal clave que sea esencial para una operación específica de la inversión[206].

La UNCTAD[207] en el 2015 publicó una guía para el diseño de AII y de manera específica se refirió a las opciones de políticas que recomienda para personal y contratación en la parte post - establecimiento, las cuales precisó en (3) puntos a saber:

> "4.11.0. Establecer la facilitación de la entrada, permanencia y emisión de permisos de trabajo para los nacionales de una parte (o los individuos sin distinción de nacionalidad) en el territorio de la otra parte, para propósitos relacionados con una inversión, conforme a la Ley nacional de inmigración y otras leyes cubriendo:
>
> - A todo el personal, incluyendo a las familias.
> - Sólo directivos y personal clave.
>
> 4.11.1. Garantizar el derecho de los inversores para hacer nombramientos de puestos de cargos directivos sin distinción de nacionalidad.
>
> 4.11.2. Incluir reservas específicas de cada país a la obligación sobre puestos de cargos directivos, por ejemplo, incluir:
>
> - Ciertas políticas/medidas
> - Industrias/sectores específicos
> - Ciertas áreas de políticas (minorías, comunidades indígenas)
> - Medidas relacionadas con empresas de tamaño específico."

La guía señala como implicaciones que se darían tras adoptar estas políticas en materia de personal y contratación en los AII, entre otras, la de facilitar la entrada y permanencia de los empleados extranjeros y el derecho a contratar personal expatriado ayudaría a atraer la inversión extranjera, además de los efectos colaterales positivos tales como el empleo de trabajadores nacionales o indígenas, así como la "filtración" con respecto al conocimiento tecnológico.

Aunque la mayor parte de los tratados bilaterales de inversión no asignan responsabilidades explícitas a los inversores, ha habido varias propuestas para introducirlas en los textos de los tratados, condicionando las protecciones legales de los inversores al acatamiento de diversas obligaciones, entre ellas la de cumplir con los instrumentos sobre responsabilidad corporativa de la Organización Internacional del

---

[206] Sistema de información sobre comercio exterior – SICE, Diccionario de términos de comercio. Disponible en: http://www.sice.oas.org/dictionary/in_s.asp

[207] UNCTAD, 2015. Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el desarrollo sostenible, Naciones Unidas, p.p. 62-87. Disponible en: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf

Trabajo (OIT), así como la de explotar sus inversiones conforme a las convenciones internacionales de trabajo y derechos humanos[208].

Todo este panorama descrito en el curso de los diferentes acápites del primer capítulo nos muestra un campo amplio y propicio para continuar adentrándonos en el estudio de los AII suscritos por Colombia y otros países de la Región Latinoamericana, para analizar temas más puntuales como los referidos a sus modelos de negociación, a la "tensión" entre el derecho interno y el derecho internacional de las inversiones, así como la cláusula Calvo y las cláusulas paraguas, las cuales pasamos a desarrollar en el capítulo inmediatamente subsiguiente.

[208] PETERSON, Luke, 2009. Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión, panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre inversores y Estado, Derecho y Democracia, Montreal, Quebec, p. 14. ISBN. 978-2-923539-33-1. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf

CAPÍTULO II: LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN EN COLOMBIA

Colombia en el contexto mundial y más específicamente en el de la región Latinoamericana, es un país que en los últimos años ha venido aumentando de manera significativa el número de AII negociados, a la fecha tiene 18 tratados de inversión vigentes[209] y 6 más suscritos[210], lo cual llama especialmente la atención, más si se tiene en cuenta que en el reciente informe sobre las inversiones en el mundo publicado por la UNCTAD se señala que en el 2019 el número de rescisiones de AII fue de 34 superando por segunda vez el número de nuevos AII que tan solo fue de 22, con lo cual se elevó a 3.284 el total de AII celebrados en el mundo y a 349 las rescisiones efectivas[211].

En el presente trabajo en aras de centrar la investigación en América Latina, haremos especial referencia en este capítulo a Colombia, sin dejar de lado, otros países de la región como lo son Chile, Ecuador y Bolivia, para tratar temas relevantes tales como, la evolución de la política de inversión, modelos de negociación, el debate entre derecho interno y derecho internacional, la cláusula calvo, así como las denominadas cláusulas paraguas, entre otros tópicos que resultan importantes de cara a conocer y entender el contexto en la celebración de los tratados.

También, analizaremos en detalle cada uno de los capítulos de inversión contenidos en los TLCs, suscritos por el Estado Colombiano, así como los denominados AII o APPRIs donde se podrá apreciar los cambios surtidos en los textos de dichos acuerdos, producto no solamente de las políticas encaminadas a atraer IED sino del cambio en los modelos de tratados adoptados para la negociación de este tipo de acuerdos.

---

[209] AII Vigentes en Colombia: APPRIs (España, Suiza, Reino Unido, Japón, China, India y Perú), Capítulos de inversión TLCs (México, EE.UU., Canadá, Chile, Triángulo Norte de Centroamérica, Unión Europea, Asociación Europea de Libre Comercio, Costa Rica, Corea, Alianza Pacífico e Israel). Fuente: MINCOMERCIO, 2020. Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs). Disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/abc-de-los-acuerdos-de-inversion/dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx

[210] AII suscritos por Colombia: APPRIs (Francia, Turquía, Singapur, Brasil, Emiratos Árabes Unidos), Capítulos de inversión TLCs (Panamá). Fuente: MINCOMERCIO, 2020. Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs). Disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/abc-de-los-acuerdos-de-inversion/dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx

[211] UNCTAD, 2020. Informe sobre las inversiones en el mundo 2020, la producción internacional después de la pandemia, mensajes clase y panorama general. Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, Ginebra, p.2. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf

1. Evolución de la política de inversión extranjera en Colombia

Se afirma que las políticas públicas son el conjunto de "decisiones formales" caracterizadas por conductas o actuaciones consistentes y repetidas por parte de aquellos que resultan afectados por las mismas, es decir, un conjunto de prácticas y normas (un programa de acción gubernamental) que emanan de uno o varios actores públicos, las cuales se pueden entender como un proceso que se inicia cuando un gobierno detecta la existencia de un problema que, por su importancia, merece su atención y termina con la evaluación de los resultados que han tenido las acciones emprendidas para eliminar, mitigar o variar ese problema[212].

En este punto resulta pertinente indicar, que no existe consenso sobre la definición de las políticas públicas ni sobre la manera de administrarlas. En términos generales, las políticas públicas son dispositivos para el control social, definidos por los sistemas políticos modernos con el propósito de regular un asunto de interés general y en particular la aplicación de los recursos, en las sociedades donde predominan los Estados de derecho, las políticas públicas pueden definirse como directrices obligatorias fijadas con el propósito de regular un asunto particular considerado de interés público que de otra forma no se resolvería espontáneamente[213].

Ahora bien, en el caso del Estado Colombiano y su política hacia la inversión extranjera directa (en adelante IED) se distinguen tres etapas: la primera, caracterizada por una actitud hostil de las autoridades y una legislación restrictiva, propia del modelo de sustitución de importaciones, que tuvo sus inicios a finales del 70 y finalizó a comienzos del 90 con la apertura económica y las reformas estructurales iniciadas en dicha década, la segunda etapa, caracterizada por el levantamiento de la mayoría de las restricciones y un esfuerzo consciente por captar mayores flujos de inversión, la apertura de sectores antes reservados al capital nacional y la simplificación de procedimientos administrativos, y, la tercera etapa, iniciada recientemente y que está focalizada en atraer inversiones de "mejor calidad" vinculándola con los objetivos y estrategias de desarrollo, en un esfuerzo del Estado para reducir los costos de

[212] VARGAS, Cídar, 2007. Análisis de las políticas públicas. Perspectivas, Cochabamba Bolivia, p.p. 127-136. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=425942453011

[213] GÓMEZ, Rubén, 2012. Gestión de políticas públicas: aspectos operativos. Revista Facultad Nacional de Salúd Pública 30, No. 2 (2012). p.p. 223-236. Medellín, Colombia. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12023918011

transacción, la simplificación y estabilización del régimen impositivo y la preservación de la estabilidad macroeconómica[214].

De hecho, uno de los obstáculos que se presentaba como insalvable para algunos como Hernández, era la disposición contenida en la Constitución Política Colombia que establecía la expropiación sin indemnización, lo que requirió de una reforma constitucional para adecuar la legislación colombiana a los estándares de derecho internacional[215].

Resulta pertinente indicar que otro aspecto para destacar en el caso colombiano es la negociación tardía de los AII en comparación con los demás países de Latinoamérica, pues tal y como se detallará en el presente acápite del trabajo de investigación fue sólo a partir de la Constitución Política de 1991 que se implementó por parte del Estado Colombiano una política de promoción para la inversión extranjera cuyo fin era abrir la brecha a otros mercados y servicios diferentes al sector petrolero y minero[216]. Colombia como la mayoría de los Estados en desarrollo, en el proceso de negociación de los AII debe no solo responder a los intereses de protección del inversionista, sino ser el reflejo de las políticas de inversión del país, por ello a lo largo del tiempo ha modificado su modelo de negociación moldeándolo conforme con la experiencia y con la normativa internacional[217]

Tal y como se indicó líneas arriba, en Colombia el régimen legal de la IED se ha transformado desde comienzos de los años 90 como resultado de la transición de una economía cerrada al capital foráneo a una economía abierta con una política activa de atracción de la IED, en el desarrollo de la normatividad que facilite la inversión extranjera, el gobierno colombiano ha expedido como lo indica RAMIREZ[218] las siguientes disposiciones:

---

[214] FEDESARROLLO, 2017. Impacto de la inversión extranjera en Colombia: Situación actual y perspectiva. Bogotá, p.p 36-37. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/979/Repor_Diciembre_2007_Fedesarrollo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

[215] HENÁNDEZ, Gerardo, 2010. La inversión extranjera y las negociaciones internacionales. Bogotá, Colombia. p.p 7-8. Disponible en: https://www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/Minsterio_Comercio_Hernandez.pdf

[216] CASTRO, María, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Revista Derecho del Estado, ISSN 0122-9893, n° 38, 2017. p.p. 23-66. Disponible en: h https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6178666

[217] GARCÍA, Laura, 2018. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI). 2019, 12, p.p. 85-120. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/7569/6848

[218] RAMIREZ, Carlos, 2011. Marco jurídico de la inversión extranjera en Colombia. Saber, Ciencia y Libertad. Cartagena. P.p. 163-177. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1770

a) Reforma financiera, Ley 45 de 1990.

b) Reforma tributaria, Ley 49 de 1990.

c) Reforma laboral, Ley 50 de 1990.

d) Reforma del endeudamiento, Ley 51 del 1990.

e) Estatuto cambiario, Ley 9 de 1991.

f) Reforma de comercio exterior, Ley 7 de 1991.

g) Reforma portuaria, Ley 1ª de 1991.

h) Estatuto de Inversiones Internacionales. Resoluciones 49, 51, 52 de 1991, 53, 55, 56 y 57 de 1992 y 60 de 1993 del CONPES, Decreto 2348 de 1993, 98, Decretos 1812, 2012, 2764 de 1994, Decreto 517 de 1995,

i) Ley sobre inversión extranjera en el sector financiero, Ley 74/89, y sus Decretos reglamentarios 500/90 y 2915/90.

j) Decreto 2058 de 1991

k) Decreto ley 663 de 1993.

l) Decreto 1735 de 1993

m) Decreto 1844 de 1993.

n) Ley de arbitraje internacional, Ley 351/96

o) Resolución 8 de 2000 del Banco de la República y sus modificaciones.

p) Decreto 4210 de 2004

q) Circular reglamentaria del Banco de la República DCIN 83 del 15 de diciembre de 2005.

r) Decreto 4474 de 2005.

s) Ley 963 de 2005.

t) Decreto 1940 de 2006.

A manera de aclaración, es necesario mencionar que el marco legal de la inversión extranjera en Colombia se encontraba en el ESTATUTO DE INVERSIONES INTERNACIONALES, el cual, estaba conformado por la Resolución 51 de 1991, expedida por el CONPES, y sus disposiciones reglamentarias. Actualmente se encuentra contenido en el Decreto 2080 del 18 de octubre de 2000, denominado Régimen de Inversiones de Capital del Exterior en Colombia y de Capital Colombiano en el Exterior, el cual derogó tácitamente la Resolución 51 al regular íntegramente la materia. También hacen parte del estatuto los Decretos 1844 de 2003, 4210 de 2004, 1866 de 2005, 4474 de 2005, 1940 de 2006, 1801 de 2007, 2466 de 2007, 4814 de 2007, 1888

de 2008, 1999 de 2008, 3264 de 2008, 3913 de 2008, 2603 de 2009, 4032 de 2010, 4800 de 2010 y 1150 de 2014.

Prueba de la incidencia de esas políticas de IED implementadas por el Estado Colombiano, se ven reflejadas en el estudio realizado por el Banco de la República sobre la evolución de la IED en Colombia de 1980 a 2013, el cual dio a conocer que en el período 1980-1992 se tuvieron niveles bajos de IED, de menos del 1% del PIB, mientras que en el período comprendido entre 1993-2004 se evidenció un incremento significativo de la IED que representó el 2,3% del PIB, con recursos que llegaron principalmente a servicios públicos financieros, de telecomunicaciones y de explotación de recursos naturales, alcanzando en el período 2004-2013 ubicarse por encima del 4% del PIB, como resultado de la estabilidad del marco normativo, del crecimiento del mercado interno y de la mayor rentabilidad de las actividades de extracción de recursos naturales, principalmente del sector de minería y petróleo[219].

De hecho, en el 2014 en la exposición de motivos de la Ley aprobatoria del AII celebrado entre Colombia y Turquía, el gobierno colombiano frente a la pregunta de ¿por qué es importante la inversión extranjera para Colombia?, respondió:

> "El proceso de globalización económica en que se encuentran inmersos todos los países acentúa la importancia de integrar en forma activa las economías de los países en vías de desarrollo a la economía internacional. A su vez, la inversión extranjera directa (IED) día a día se consolida como la fuente más dinámica de recursos para financiar el crecimiento económico de los países en vía de desarrollo. Esto se debe a que la inversión extranjera puede contribuir al desarrollo de un país al complementar la inversión doméstica, aumentar la base impositiva, fortalecer los lazos de comercio y la capacidad exportadora, generar transferencias de tecnología, difundir habilidades y conocimientos especializados y se constituye en motor para la creación de empleo"[220].

La tendencia de incremento en el flujo de IED recibido por Colombia se mantuvo, al punto que en 2019 Colombia era el país de la región con mayor porcentaje de IED en el PIB, superado solamente por Perú y por Chile (entre 2013 y 2014) , pero debido a la pandemia como resultado de la expansión de la COVID19 durante el

---

[219] GARAVITO, Aarón, GAITÁN, Celina, SANDOVAL, Diego, MARTINEZ, Adrián, 2014. Evolución y perspectivas de la inversión extranjera directa en Colombia, Banco de la República, p.p. 26-29. Disponible en: https://www.banrep.gov.co/sites/default/files/publicaciones/archivos/isi_mar_2014_recuadro1.pdf

[220] Proyecto de Ley "Por medio del cual se aprueba el "ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE TURQUÍA, SOBRE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES", p.4. Disponible en: http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/proyectos%20de%20ley/2014%20-%202015/PL%20136-15%20APRI%20COL%20-%20TURQUIA.pdf

segundo trimestre de 2020, la IED en Colombia cayó en 61,2% respecto del primer trimestre del año y 67,7% frente al mismo trimestre de 2019, como resultado de menores inversiones en el sector petrolero, de minas, industria manufacturera, el comercio, restaurantes, hoteles y transporte[221].

El gobierno de Colombia a través del Departamento Nacional de Planeación – Consejo Nacional de Política Económica y Social expidió el Documento CONPES 3999 de agosto de 2020 denominado "ESTRATEGIA DE RESPUESTA INICIAL ANTE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19 SOBRE LA SALUD PÙBLICA, LOS HOGARES, EL APARATO PRODUCTIVO Y LAS FINANZAS PÚBLICAS" en donde señala que las restricciones de movilidad y la construcción estimada del consumo privado y de la inversión afectarán de forma importante el recaudo de impuestos, para lo cual expidió una política que consta de (4) ejes: i) reducir el impacto del COVID-19, ii) proteger el ingreso y bienestar de los hogares, iii) proteger el aparato productivo de los efectos de la pandemia, y, iv) apoyar las finanzas públicas[222].

Lo anterior, guarda relación con lo ha advertido por la UNCTAD en el sentido que la pandemia provocará una drástica contracción de la IED, se prevé que los flujos mundiales de IED disminuyan hasta un 40% y que su recuperación solo se inicie en 2022, lo cual dependerá en gran medida de la duración de la crisis sanitaria y de la eficacia de las intervenciones de políticas que los Estados adopten para mitigar los efectos económicos de la pandemia, para la IED la pandemia constituye una conmoción provocada tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, además por las intervenciones de políticas públicas[223], y Colombia al igual que los países de la región latinoamericana necesitarán para lograr recuperar su economía tras la pandemia de atraer mayores flujos de IED, y en ello desempeñará un papel fundamental las políticas que se adopten de cara a la era post pandemia para facilitar y promover los flujos de IED.

---

[221]MEJÌA, Luis Fernando, 2020. Evolución y retos en materia de IED en Colombia, FEDESARROLLO. Disponible en: http://dams.fedesarrollo.org.co/tendenciaeconomica/publicaciones/210-octubre/

[222] DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2020. Estrategia de respuesta inicial ante los efectos de la pandemia del COVID 19 sobre la salud pública, los hogares, el aparato productivo y las finanzas públicas. Bogotá, p.p. 3-163. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3999.pdf

[223] UNCTAD, 2020. Informe sobre las inversiones en el mundo 2020, la producción internacional después de la pandemia, mensajes claves y panorama general. Naciones Unidas, Conferencia sobre Comercio y Desarrollo, Ginebra, p.p. 2-3. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf

En resumen, la evidencia demuestra dos puntos críticos a tener en cuenta por los Estados en sus políticas de IED, en primer lugar, no es racional esperar que solo con la firma de AII el desarrollo ocurra automáticamente, puesto que los AII son solo una parte de una combinación de políticas que deben diseñarse e implementarse teniendo en cuenta muchos factores, lo que está claro es que, sin los AII, en particular, los TLCs la evidencia demuestra que sería extremadamente difícil, sino imposible, para los países atraer inversiones en busca de eficiencia que es el principal vehículo para la diversificación de las exportaciones y un factor habilitador para que los países en desarrollo puedan unirse a las cadenas de valor global. En segundo lugar, no es cierto que la mayoría de los países en desarrollo no estén en el camino del desarrollo, por el contrario, los datos muestran un aumento de los flujos de comercio e inversión en estas economías[224].

Así las cosas, el plan de recuperación y en especial las políticas que se adopten en materia de IED por Colombia deberán tener en cuenta los estudios realizados sobre los factores determinantes en la atracción de la inversión extranjera directa que confirman que otros factores como el tamaño y el crecimiento del mercado, la disponibilidad de los recursos naturales y la calidad de la infraestructura física y financiera, tienden a ser mucho más importantes para los inversionistas que los tratados de inversión al tomar la decisión de invertir, esto ayuda a explicar por qué por ejemplo, los flujos de inversión entre Estados Unidos y China son altos a pesar de la ausencia de un tratado de inversión y por qué Brasil sigue siendo un importante destino de inversión extranjera a pesar de no haber ratificado ningún tratado de inversión[225].

2. Modelos de negociación de AII de Colombia y su red de AII (APPRIs)

En primer término, se debe indicar que en este acápite del trabajo nos referiremos a los intentos realizados por los Estados y las distintas Organizaciones Internacionales por tratar de establecer un convenio modelo para la negociación de los AII. Posteriormente, se explican los 3 modelos publicados por el Estado Colombiano en

[224] ECHANDI, Roberto, 2020. Mitos sobre los acuerdos internacionales de inversión: "rescatando" a los países en desarrollo del desarrollo. LOGOS, 1 (1), p.p. 10-39. Disponible en: http://dspace.ulead.ac.cr/repositorio/handle/123456789/86

[225] JOHNSON, Lise; SACHS, Lisa; Güven, COLEMAN, Jesse, 2018. Costos y Beneficios de los tratados de Inversión. Columbia Center on Sustainible Invesment, p.p. 9-10, New York, Estados Unidos de América. Disponible en: http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/1618-CCSI-IIA-investor-treaty-policy-briefing-ESP-04-mr.pdf

los últimos 15 años y se analiza la adopción e incidencia de tales modelos en la red de APPRIs (Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones) suscritos por Colombia.

Pues bien, si tenemos en cuenta que el objetivo principal de los modelos de tratado o de negociación es ofrecer los medios para resolver sobre una base uniforme los problemas que plantean los tratados suscritos por los Estados, tal y como lo sostiene la OCDE cuando señala que los convenios modelos elaborados buscan que cuando los países miembros firmen nuevos convenios o revisen los existentes se ajusten al convenio modelo y tengan en cuenta para su interpretación los comentarios elaborados frente a cada una de los disposiciones del mismo y las reservas que comprende[226].

En el caso de los AII, encontramos como antecedentes el sucedido en la Ronda de Uruguay donde se produjo el denominado Acuerdo sobre Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio (conocido como TRIM) el cual representó un compromiso sobre las inversiones[227] y con posterioridad a la misma en 1995, en el marco de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) fracasó el intento para liberalizar las regulaciones sobre inversión, también conocido como Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI).

El tema volvió a ser objeto de análisis en la reunión de la Organización Mundial del Comercio (OMC) llevada a cabo en 1996 en Singapur, donde los Estados miembros crearon un grupo de trabajo sobre inversión, el cual tuvo como mandato

> "(…) establecer un marco legal justo y transparente que promueva la inversión a través de la creación de un entorno predecible y estable que proteja a los inversionistas y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes del exterior del hemisferio"[228].

Cabe destacar, que a diferencia de lo que sucede con los convenios para evitar la doble imposición (CDI) en donde existen dos modelos ampliamente conocidos como lo son el modelo OCDE y el modelo ONU, respecto de los cuales se han elaborado varias actualizaciones y que cuentan además con comentarios de cada una de las cláusulas para facilitar su interpretación, con los AII no se ha sucedido lo mismo, a falta de consenso

---

[226] OCDE, 2010. Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y sobre el patrimonio, Instituto de Estudios Fiscales, Paris, p.7. ISBN. 978-92-64-08948-8. Disponible en: https://www.globbal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf

[227] OYARZUN, Javier, 1993. GATT, neoproteccionismo y Ronda de Uruguay. Cuaderno de Relaciones Laborales, Madrid, Edit. Complutense, No. 2., p.p. 173-176. Disponible en: file:///C:/Users/57312/Downloads/33830-Texto%20del%20art%C3%ADculo-33846-1-10-20110610.PDF

[228] CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (CIEL), INSTITUTO DEL TERCER MUNDO (ITEM), 1999. Los acuerdos sobre inversión en las Américas: perspectivas económicas, ambientales y sociales. Center for International Environmental Law, Washington D.C., p.3. Disponible en: https://www.ciel.org/Publications/miamiinvestmentpaperspanish.pdf

frente a las propuestas presentadas por las Organizaciones Internacionales que han pretendido la adopción de un convenio modelo para la suscripción de los tratados de inversión.

De hecho, muchos países han revaluado los AII que han celebrado, planteando la necesidad de tener nuevos enfoques y propuestas, cuestionando el énfasis en la promoción de la inversión extranjera, la discordancia o escasa relación con los objetivos del desarrollo y el uso indiscriminado y vicioso del sistema de arbitraje para la resolución de controversias entre inversionistas y Estado, considerando que existen métodos más acordes como la mediación y la conciliación de disputas sobre inversión[229].

Precisamente, debido al creciente número de controversias inversionista – Estado y a las condenas millonarias de laudos arbitrales a favor de los inversionistas y en contra de los Estados que los han suscrito AII, un número importante de países en reacción han decidido realizar y publicar sus "modelos" de AII buscando con ello tener una herramienta a través de la cual pretenden: i) una carta previsible de navegación para cualquier nueva negociación, renegociación, o interpretación conjunta, y, ii) una pauta interpretativa e integradora de cómo entiende y ha entendido un país sus compromisos y sus posturas en materia de Derecho Internacional de las Inversiones[230].

Ahora bien, y en referencia puntual al Estado Colombiano el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en su página oficial, frente a la pregunta ¿Para qué sirve el modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones? consigna la siguiente respuesta:

> "El modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones es el punto de partida con el que se negocia este tipo de tratados internacionales. En ellos, está plasmada la visión de Colombia de cuáles deberían ser las reglas de juego para los inversionistas colombianos en los países con los que se suscriba un Acuerdo Internacional de Inversiones y que estamos dispuestos a garantizar también para los inversionistas extranjeros en Colombia".[231]

---

[229] GUTIERREZ, María Teresa, QUINTERO, Adelina, 2016. Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera. Norteamérica, Volumen 11, July- December, p.p. 109-137. Disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870355018300132#bib28

[230] PALAU, Nicolás, TRUJILLO, Samuel, 2017. El nuevo AII Modelo de Colombia: una herramienta necesaria para re-balancear el sistema arbitral de inversiones. Blog de la Academia Colombiana de Derecho Internacional ACCOLDI. Disponible en: https://debateglobal.wordpress.com/2017/09/01/el-nuevo-aii-modelo-de-colombia-una-herramienta-necesaria-para-re-balancear-el-sistema-arbitral-de-inversiones/

[231] Ministerio de Comercio, Industria y Turismo -MINCOMERCIO, 2021. Consulta pública BIT modelo colombiano. Disponible en: https://www.mincit.gov.co/temas-interes/consulta-publica-bit-modelo-colombiano

En efecto, Colombia ha publicado 3 modelos de acuerdos para negociar AII, los cuales han estado presentes en los textos de los tratados de inversión negociados en la última década, el primero de ellos fue publicado en el año 2008, el segundo en el año 2011 y el último en el año 2017. En relación con el último de los modelos publicados, el mismo está estructurado en 6 Secciones, que van de la Sección -A- a la Sección -F-, referidas a las siguientes disposiciones:

i) Sección A – Alcance y Definiciones, incluye 2 artículos, uno sobre el ámbito de aplicación y el segundo sobre las definiciones.

ii) Sección B- Estándares de Trato, que a su vez está compuesta por 10 artículos, que contemplan las disposiciones relativas a: admisión de inversiones, trato nacional, nación más favorecida, disposición general sobre trato nacional y nación más favorecida, trato justo y equitativo, protección y seguridad física, libertad en transferencias, expropiación, compensación derivada de una expropiación y subrogación.

iii) Sección C- El derecho a regular y las obligaciones relacionadas con la inversión, que contiene 5 artículos referentes a: chapeau sobre inversiones y medidas regulatorias, excepciones generales, no disminución de estándares laborales, ambientales y de derechos humanos, responsabilidad social de los inversionistas y denegación de beneficios.

iv) Sección D- Solución de controversias inversionista – Estado, conformada por 21 artículos, que desarrollan las siguientes disposiciones: ámbito de aplicación de la solución de controversias inversionista – Estado, requisitos para someter el reclamo a consultas, consultas entre el inversionista cubierto y la parte contratante y presentación de notificaciones, presentación de un reclamo ante una Corte o Tribunal Arbitral, sede del arbitraje con foros distintos del CIADI, disputas y reclamos presentados por el Estado demandado, reclamos presentados por accionistas de una empresa, composición del tribunal arbitral, ley aplicable al arbitraje, consolidación de reclamos, objeciones preliminares sobre jurisdicción y admisibilidad, medidas provisionales, comunicación de la controversia a la parte no contendiente, protección diplomática, intervención por *amicus curiae* y la parte no contendiente, el laudo, indemnizaciones monetarias, costas y expensas, desistimiento tácito de la

controversia, revisión del mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado y parte del consejo y mecanismos alternativos de solución de controversias.

v) Sección E – Asuntos institucionales y solución de controversias entre las partes contratantes, integrada por 4 artículos, referidos a: creación del Consejo Bilateral de Inversión, funciones del Consejo Bilateral de Inversión, cooperación y asistencia técnica y solución de controversias entre las partes contratantes.

vi) Sección F- Disposiciones Finales, que contiene un único artículo con la misma denominación de la sección.

Como se aprecia a simple vista el modelo 2017[232] de Colombia se ocupa en detalle y da relevancia a las disposiciones contenidas en la Sección D, que desarrolla lo concerniente a la solución de controversias inversionista – Estado, basado en la experiencia de los acuerdos previamente suscritos y de las demandas a las que se vio avocado el Estado Colombiano en razón a los acuerdos previamente suscritos, agregando dos figuras: la conformación de un Consejo Bilateral de Inversión para la supervisión del acuerdo suscrito y la figura del defensor del inversionista con funciones de facilitación de la inversión para prevenir el uso del CIADI, una de las características principales y el enfoque de este modelo es prevenir en la mayor medida posible que los conflictos de inversionista - Estado lleguen a instancias internacionales[233].

En el modelo de 2017 es importante destacar, como lo señalan Palau y Trujillo que el mismo busca retornarle equilibrio y predictibilidad al sistema manteniendo las protecciones del AII en niveles necesarios y razonables, destacando del nuevo modelo la prevalencia dada al desarrollo sostenible, la delimitación de las definiciones realizadas de inversión e inversionista, la exclusión de la protección a inversionistas que incurran en conductas graves tales como violaciones al derecho internacional humanitario, patrocinio a grupos armados al margen de la ley, daño ambiental, acciones fraudulentas contra las leyes y regulaciones fiscales y tributarias, actos de corrupción violación a las leyes laborales, actividades de lavado de dinero y violación a las leyes penales por parte de sus directivos o altos funcionarios en relación con sus funciones, la

[232] Modelo 2017, disponible en: https://www.mincit.gov.co/temas-interes/documentos/aai-modelo-2017.aspx

[233] Cfr. GARCÍA Matamoros, L. V., 2019. "La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi), 104 -114, p.p. 85-120. Doi: dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569

aclaración realizada respecto de la naturaleza de los principios de trato nacional y nación más favorecida y el propósito de la protección, la lista cerrada que realiza del trato justo y equitativo para evitar interpretaciones laxas de los Tribunales, la incidencia de la legalidad de la expropiación en los daños indemnizables, la posibilidad de que las partes contratantes establezcan un defensor de la IE y de árbitros sin conflictos de intereses, es decir, que no actúen al mismo tiempo como abogados de parte de otras controversias internacionales de inversión[234].

Cabe anotar que, si bien los modelos 2008 y 2011 ya no están vigentes, si resulta pertinente destacar los rasgos característicos de cada uno de estos modelos, frente a lo cual debe destacarse que el modelo 2008 se basaba en principios generales de comercio internacional incluyendo previsiones generales al trato justo y equitativo, trato nacional, expropiación y una cláusula de solución de controversias de manera amigable, se caracterizó por ser un modelo ambiguo, con debilidad de defensa jurídica ante demandas, y que reflejaba la inexperiencia del estado.

A su vez, el modelo de negociación 2011 estableció definiciones y alcances de las disposiciones contenidas en el acuerdo, dentro de las que incluyó las referentes a inversionista e inversión, ámbito de aplicación del tratado, conceptos de trato justo y equitativo, tratamiento nacional, expropiación, compensaciones, cláusulas de medio ambiente y solución de controversias, aclarando además que las inversiones protegidas serían únicamente aquellas que tuvieran lugar después de la entrada en vigor del acuerdo.

Ahora bien, y en referencia puntual a la red de AII colombianos debemos indicar que a la fecha se han suscrito 12 AII o APPRIs, siete de ellos vigentes con España, Suiza, Reino Unido, Japón, China, India, y Perú; y cinco suscritos, pero sin vigencia, correspondientes a Francia, Turquía, Singapur, Brasil y Emiratos Árabes Unidos.

Dentro de los acuerdos que tuvieron como referente el primer modelo de convenio, encontramos el AII suscrito con España denominado como acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI), y el suscrito con la Confederación Suiza,como características relevantes de estos acuerdos encontramos que presentan identidad de temáticas y se encuentran divididos en dos ejes, en el primero de ellos, se desarrollan los títulos que comprenden: definiciones, ámbito de aplicación,

[234] Cfr. PALAU VAN HISSENHOVEN, Nicolás, TRUJILLO, Samuel, 2017.Descripción general del AII modelo. Academia Colombiana de Derecho Internacional ACCOLDI. Disponible en: https://debateglobal.wordpress.com/2017/09/01/descripcion-general-del-aii-modelo/

promoción y admisión de las inversiones, nacionalización y expropiación, compensación por pérdidas, subrogación; y un segundo eje, encaminado a la solución de conflictos entre inversionistas y partes.

Del contenido de estos AII, se puede observar que gozan de características genéricas, sin precisión de conceptos y con cabida a ambigüedades, no obstante, cabe destacar que, como requisito para acceder a tribunales de arbitramento, señalan que se requiere del agotamiento de negociaciones o cualquier trámite gubernamental con respecto a la parte. Sin embargo, estos acuerdos no presentan una elaboración tan detallada como las que podemos observar en los capítulos de inversión contenidos en los TLCs y en los AII celebrados con posterioridad.

Así mismo, encontramos los AII suscritos por Colombia con Singapur en el 2013, Reino Unido en el 2014, con Francia y Turquía en el 2014, y finalizando Japón en el año 2015, caracterizados por iniciar con un glosario de términos, que son más precisos al señalar su alcance que los APPRIs suscritos previamente, desarrollan un capítulo de promoción, admisión y protección de inversiones más específico, así como las garantías trato justo y equitativo, que no se encontraba presentes en los anteriores acuerdos. Además, los preceptos de trato nacional y trato a la nación más favorecida se establecen con prelación, así como un régimen de excepciones ampliamente detallado y todo lo concerniente a las expropiaciones, las cuales son limitadas y de mayor garantía hacia los inversionistas.

Del mismo modo, en estos AII se regula de forma más precisa la protección del medio ambiente y en lo atinente a la solución de controversias priorizando al Estado colombiano, para lo cual se establece como requisito el agotamiento de vías gubernativas previas a la acción a tribunales internacionales, también se denota una diferencia en relación con los dos APPRIs suscritos con España y Suiza, al desarrollar un punto referente a la extinción territorial.

Por último, y con referencia al modelo 2017, el único APPRI que se ha suscrito bajo este modelo es el celebrado con Emiratos Árabes Unidos, no obstante, a la fecha de realización de este trabajo, en las páginas oficiales de gobierno colombiano aún no se encuentra publicado el documento oficial del acuerdo, razón por la cual no es procedente el desarrollo del mismo.

3. La red de capítulos de inversión contenidos en los TLC's suscritos por Colombia

En este título se estudian uno a uno los capítulos de inversión contenidos en los Tratados de Libre Comercio (TLCs) suscritos por Colombia y se profundiza en el contenido en los mismos, iniciando por los que se encuentran vigentes[235] y terminando con el TLC suscrito con Panamá, que aún no ha entrado en vigor, en donde si bien se hace referencia a los Estados partes del tratado, el proceso de negociación surtido, los objetivos perseguidos por el Estado colombiano y las disposiciones contenidas en el texto del acuerdo, el análisis va encaminado a denotar las similitudes y diferencias entre unos y otros, a destacar las disposiciones "novedosas", las "ambiguas" y aquellas que denotan una evolución producto de la experiencia adquirida en los tratados ya negociados.

El primer paso dado por Colombia, y con el cual incursionó en la suscripción de TLCs, fue el denominado el Tratado de los Tres (G3), teniendo como actores a Colombia, México y Venezuela, firmado el día 13 de junio de 1994, e incorporado al ordenamiento jurídico colombiano, mediante la Ley 172 del mismo año, con entrada en vigor el 1 de enero del siguiente año.

El G3 establece una zona de libre comercio en el marco de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALADI): Acuerdo de Alcance Parcial de Complementación Económica No. 33 conforme al Tratado de Montevideo de 1980 y la Resolución 2 del Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de las partes contratantes de la ALADI[236]. Dentro de la estructura de esta negociación el tratado buscó la igualdad en el acceso a los mercados, la eliminación de las barreras arancelarias, la regulación de las políticas comerciales, la actualización de las normativas sanitarias y técnicas, el control a la competencia y la protección a la propiedad intelectual[237].

Como punto de partida de las negociaciones, las entidades de comercio exterior se reunieron en los primeros días del mes de noviembre del año 1990 en la ciudad de

---

[235] Cfr. TLCs vigentes (México, EE.UU., Canadá, Chile, Triángulo Norte de Centroamérica, Unión Europea, Asociación Europea de Libre Comercio, Costa Rica, Corea, Alianza Pacífico e Israel). Fuente: MINCOMERCIO, 2020. Acuerdos Internacionales de Inversión (AIIs). Disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/abc-de-los-acuerdos-de-inversion/dies-abc-aiis-25-09-20.pdf.aspx

[236] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/tratado-de-libre-comercio-entre-los-estados-unidos

[237] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/tratado-de-libre-comercio-entre-los-estados-unidos

Puerto Vallarta (México), en los cuales se identificaron los aspectos básicos del acuerdo[238]. Las negociaciones partieron primeramente con un enfoque según el esquema de la ALADI, producto a producto, patrimonio histórico, acuerdos de alcance parcial, y la preferencia arancelaria regional en razón a la nación más favorecida; seguidamente con un segundo enfoque en el cual se buscaba obtener mercados más abiertos y con una desgravación lineal en un período definido entre los intervinientes[239].

Dentro de las temáticas principales en el acuerdo se contemplaron: el trato nacional y acceso de bienes al mercado, sectores automotor, y agropecuario, medidas fitosanitarias, reglas de origen, procedimientos aduaneros, salvaguardias, prácticas desleales de comercio internacional, principios generales sobre servicios, telecomunicaciones, servicios financieros, entrada de personas de negocios, normas técnicas, compras del sector público, políticas en materia de empresas del estado, inversión propiedad intelectual y solución de controversias[240].

El tratado fue aprobado y ratificado por el Congreso de la República de Colombia mediante la Ley 172 del año 1994, teniendo como principales motivaciones para la suscripción del precitado acuerdo, la crisis de la deuda externa y el agotamiento del modelo de desarrollo proteccionista, teniendo como consecuencia la apertura económica e internacionalización de los países suramericanos.

Conforme a las exposiciones realizadas por los Ministros Pardo García Peña y Mazuera Gómez, de Relaciones Exteriores y Comercio Exterior, respectivamente, y el señor secretario jurídico de la presidencia de la República Carlos Eduardo Medellín Becerra, en el documento presentado ante la Corte Constitucional Colombiana para la defensa de la constitucionalidad de la Ley 172 de 1994 en el cual manifestaron que se buscó incrementar la competitividad y aprovechar las ventajas comparativas reales, en oposición de la excesiva protección frente a la competencia internacional.

---

[238] PINZON, Enrique, Cuáles han sido los beneficios del tratado de libre comercio entre Colombia y México G2, p.p. 4, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/download/246/210/
Enrique Pinzón Alvarez*

[239] PINZON, Enrique, Cuáles han sido los beneficios del tratado de libre comercio entre Colombia y México G2, p.p. 4, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/download/246/210/
Enrique Pinzón Alvarez*

[240] PINZON, Enrique, Cuáles han sido los beneficios del tratado de libre comercio entre Colombia y México G2, p.p. 4, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/download/246/210/
Enrique Pinzón Alvarez*

En ese sentido, se concluye de la lectura de las exposiciones efectuadas, que la razón principal para la suscripción de dicho acuerdo obedeció a las tendencias internacionales que pretenden la apertura de mercados, y con ello la participación del Estado Colombiano en la búsqueda de nuevos mercados, mejorando el acceso a ellos para las exportaciones menores. Adicionalmente se consideró un factor de experiencia, por cuanto los productores nacionales, tendrían una oportunidad para aprender como competir con mercados exigentes como los europeos y de américa del norte[241].

Puntualmente con respecto al capítulo de inversiones, tales disposiciones se encuentran reguladas en el capítulo XVII iniciando desde el artículo 17-01, el cual a su vez se encuentra dividido en dos secciones, A y B, la primera de ellas correspondiente a aspectos generales y definiciones, y la segunda, correspondiente a solución de controversias. La sección A se desarrolla a partir de las definiciones de empresa, inversión e inversiones de parte, desde dos puntos, uno afirmativo en el cual se determina que se entiende por cada término, y uno negativo estableciendo que no se incluye dentro de los términos; como por ejemplo, se define a la inversión como los recursos transferidos al territorio nacional de una parte, dentro de los que se incluye todo tipo de bien encaminados a la producción y se excluye las operaciones de crédito o endeudamiento.

A la par con las definiciones, se establece el ámbito de aplicación, delimitando el capítulo a las inversiones en territorio propio o de parte y a los inversionistas, estableciendo claramente los destinatarios de dichos acuerdos, desde un aspecto subjetivista con respecto a los individuos que gozan la característica, desde una perspectiva materialista con respecto a la inversión como tal, y con la delimitación territorial pertinente.

Adicionalmente, impone igualmente cargas tanto positivas como impositivas a las partes que lo suscriben, en tanto, establece que puede y que no pueden hacer. Ejemplo de ello, lo encontramos en el artículo 17-05, por cuanto se faculta a las partes a establecer normas con respecto al número o la proporción de extranjeros que pueden trabajar en una empresa o desempeñar funciones directivas o de administración, sin embargo, la misma encuentra un límite que es la protección al inversionista, precisando

[241] Corte Constitucional. M.P Fabio Morón Díaz, D.C., (1995) Sentencia C-178/95. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-178-95.htm#:~:text=%22(Diciembre%2020)-,%22Por%20medio%20de%20la%20cual%20se%20aprueba%20el%20TRATADO%20DE,13%20DE%20JUNIO%20DE%201994.%22

que dichas disposiciones que asumen los contratantes no podrán en ningún caso impedir u obstaculizar el ejercicio por un inversionista del control de su inversión.

En igual sentido, se advierte la ambigüedad de las disposiciones, por cuanto en ellas no se expresa claramente que resultaría perjudicial para el inversor, ni cual es la cantidad de empleados que limitaría el manejo de su inversión. Adicionalmente, en el acuerdo se encuentran relacionadas temáticas como las referentes a trasferencias, expropiación, indemnización, formalidades, denegación de beneficios, prohibición de aplicación extraterritorial de la ley o jurisdicción, intercambio de inversiones e información, y delimitación a la doble tributación que se desarrollan de forma similar a las precedentes, estableciendo el campo de acción desde una perspectiva negativa a los Estados partes del tratado, así como una activa, estableciendo de qué forma se desarrollan dichas figuras y en qué momentos las mismas resultan permisivas y restrictivas, reiterando el carácter ambiguo de su redacción, en tanto, las mismas son susceptibles de interpretación y pueden generar cierta inseguridad frente a las inversiones, así como a las potestades Estatales frente a las precitadas.

En la sección b) del tratado se desarrolla el punto referente a la solución de controversias, empezando con el objetivo de dicho bloque, así como el ámbito de aplicación del mismo, determinando que busca la aplicación de principios de derecho internacional y la solución de conflictos por medio de un tribunal imparcial, limitando a la acción judicial a los inversores, desconociendo a la otra parte (el Estado), el cual no contaría con dicha facultad de acción.

En este capítulo se detallan los supuestos para la interposición de una reclamación, siendo la violación de una obligación del tratado cuando se sufra una pérdida o daño por la misma la única causal para dicha acción, estableciendo un término de caducidad de tres años, y limitando la acción al inversionista, en tanto, él es el único legitimado para iniciar la acción.

Seguidamente el capítulo desarrolla las temáticas complementarias a la acción de reclamación como son la comunicación y sometimiento de la reclamación al arbitraje, acumulación de procedimientos, derecho aplicable, laudo definitivo, pagos conforme a contratos de seguro o garantía, definitividad, ejecución del laudo y exclusiones. Finalmente, el tratado termina con disposiciones de carácter procedimental referentes a la acción de reclamación.

De lo anterior, se puede establecer que existe en este acuerdo, definiciones marco, y no se encarga de asuntos particulares, resultando definiciones genéricas que

por sí solas se pueden prestar para ambigüedades, y que para su solución implicarían acudir a mecanismos de interpretación. Adicionalmente se resalta que las acciones judiciales contenidas, tienden al proteccionismo del inversor, sin embargo, no se evidencia una protección frente al Estado suscribiente del tratado, así mismo se debe resaltar el carácter judicialista del acuerdo, pues carece de desarrollo frente a mecanismos amistosos de resolución de conflictos.

Seguidamente encontramos el tratado celebrado entre Colombia y Chile, teniendo como antecedentes el tratado Montevideo de 1980 – ALADI, que dio como resultado el Acuerdo de Complementación Económica ACE24 denominado Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado entre Chile y Colombia, suscrito en el año 1993 y con vigencia desde el 1 de enero de 1994, mediante el Decreto 2717 de 1993. Concomitantemente se suscribió el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones del 20 de enero de 2000, que tuvo lugar en Cartagena de Indias[242].

En ese orden y considerando los antecedentes previos al acuerdo se procede a suscribir en Santiago de Chile, el 27 de noviembre de 2006, el Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Chile - Protocolo adicional al Acuerdo de Complementación Económica para el Establecimiento de un Espacio Económico Ampliado Entre Colombia y Chile (ACE 24) del 6 de diciembre de 1993, ratificado por la República de Colombia mediante Ley 1189 de 2008; Dentro del cual, de las principales temáticas desarrolladas en los 22 capítulos del acuerdo encontramos las referidas con el acceso al comercio de mercancías, normas y procedimientos de origen, facilitación del comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, defensa comercial, inversión y servicios, compras públicas, solución de controversias, laborales, ambientales y de cooperación[243].

Como argumentos principales expuestos por el Estado Colombiano para la celebración de dichos acuerdos se destacan la promoción de la prosperidad general, el mejoramiento de la calidad de vida de los colombianos, el desarrollo social, la búsqueda de un mayor acceso del consumidor a bienes y servicios de mejor calidad y menor

[242] Cfr. Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia
[243] Cfr. Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia

precio con base en el aumento de los flujos de comercio generando nuevos empleos y con ello la reducción de la pobreza[244].

De manera puntual y en lo concierne al capítulo de inversiones, el mismo se encuentra regulado en capítulo 9, dividido en tres secciones A, B y C con siete anexos. El acuerdo inicia con la sección A relativa al ámbito de aplicación, siendo tres temáticas las reguladas: (a) los inversionistas de la otra parte; (b) las inversiones cubiertas, y, (c) en lo relativo a requisitos de desempeño e inversión y medio ambiente. Cabe destacar, la prelación dada en este capítulo, respecto a cualquier contradicción que se suscite en relación con otro capítulo, imponiendo reglas de interpretación favorables hacia el inversor de manera expresa.

A diferencia del acuerdo contenido en el TLC G3 (G2 posteriormente) este tratado establece principios rectores de forma taxativa, entre los que se destacan el trato nacional, en donde las partes otorgan a los inversionistas, así como a las inversiones, un trato no menos favorable a que se le otorga a sus propios inversionistas frente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio; el trato de nación más favorecida, el cual predica un trato no menos favorable o igualitario, de los inversionistas así como de sus inversiones, con respecto de inversiones o inversionistas de otro país; un nivel mínimo de trato y el tratamiento en caso de contienda bajo las figuras de derecho internacional consuetudinario, así como protección y seguridad plenas, incluido el trato justo y equitativo, desarrollando de forma más precisa el alcance de dichos principios respecto del anterior AII suscrito por Colombia.

Igualmente, este tratado concreta disposiciones con respecto a brindar seguridad jurídica a los inversores, en tanto, dispone reglas de comportamiento al Estado parte, para que brinde protección al inversor y a la inversión en materias civiles, criminales o contencioso administrativas. Adicionalmente, establece causales taxativas de responsabilidad de parte, tales como: situaciones de orden público o conflictos bélicos en donde el Estado parte garantiza la inversión y se responsabilizan por satisfacer la pérdida o daño causado al inversionista.

En similitud con el anterior AII, se establecen restricciones para la exigencia de requisitos de desempeño obligatorios como son, la exportación de un determinado nivel de porcentaje de mercancías o servicios, alcanzar grado o porcentaje de contenido

[244] Corte Constitucional. M.P. Humberto Antonio Sierra porto, D.C., (2009) Sentencia C-031/09. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-031-09.htm

nacional, otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio o personas de su territorio, relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión; restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas; transferir a una persona en su territorio tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; o actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la parte de las mercancías que produce la inversión o los servicios que suministre hacia un mercado regional específico o al mercado mundial[245].

Seguidamente en el acuerdo se establece una restricción a la parte con respecto a la exigencia de personas naturales de alguna nacionalidad para ocupar cargos de dirección, sin embargo, con respecto a los miembros directivos de un directorio o de cualquier comité de tal directorio, el Estado parte podrá exigir la cualidad y calidad de estos, siempre que el requisito no menoscabe significativamente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión.

Otro de los puntos a destacar, es el punto 9.9 que hace referencia a las trasferencias, las cuales están encaminadas a la celeridad, en tanto, las partes quedan obligadas a garantizar la libre y efectiva circulación de transferencias de inversiones cubiertas, detallando las inversiones, los aportes de capital, utilidades, dividendos, intereses, ganancia de capital, pagos por regalías, productos a la venta o liquidación, préstamos, pagos provenientes de sanciones, entre otros. Siendo este un punto peculiar, en tanto, se detallan las formas cómo se presentan las inversiones, y como se movilizan las mismas, bajo la garantía del Estado parte a diferencia del TLC G3 el cual no contenía dicha información detallada.

En igual sentido, se estipula una excepción y se faculta a una de las partes para la intervención en circunstancias taxativas como son la quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio u operaciones de valores, futuros, opciones o derivados; infracciones penales; reportes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar en el cumplimiento de la ley o con las autoridades financieras regulatorias; y garantizar el

[245] Cfr. Acuerdo de Libre Comercio Chile – Colombia, Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/chl_col_fta/Text_s.asp#Cap9

cumplimiento de resoluciones, providencias o laudos dictados en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales.

Cabe destacar, que llama la atención en este tratado la existencia de facultades de parte para la intervención sobre el movimiento de inversiones, siendo estas taxativas, de tal manera que existe una certeza sobre los hechos que facultarían la intervención, así como los momentos o circunstancias en los cuales los inversores verían comprometido su patrimonio.

En el punto 9.10 se hace el desarrollo en materia de expropiación e indemnizaciones, estableciendo una prohibición taxativa hacia la expropiación, sin embargo, se establecen excepciones, tales como la utilidad pública. No obstante, se estipula que, en el evento de darse aplicación a esta figura, la misma estará cobijada bajo las figuras de la celeridad, el debido proceso y un trato no discriminatorio, que deberá ser respaldado por una debida indemnización.

Así, se puede evidenciar que, si bien existen cláusulas taxativas en el acuerdo internacional, el derecho local entraría a suplir la debida forma en que se debe efectuarse la expropiación y la legalidad de esta estaría sometida al derecho interno. Ahora, si bien es cierto el procedimiento mediante el cual se realice la expropiación corresponde al derecho interno, la indemnización que se efectúe si está sometida a parámetros del acuerdo, en tanto, la misma debe ser pagada sin demora, equivalente al valor, ser completamente liquidable y libremente transferible. En el igual sentido, se establecen disposiciones sobre la moneda o divisa con que se cancela la indemnización, lo cual es constituye una disposición garantista de la inversión.

Cabe resaltar, como una de las características destacables es que en el punto 9.13 se limita el manejo de la inversión en sujeción a la legislación medio ambiental interna, siendo este punto, uno de los pocos en los cuales se da cierta prelación al derecho interno sobre la inversión y las disposiciones contenidas en el tratado.

Seguidamente, en la Sección B se desarrolla la temática de solución de controversias Inversionista-Estado, de lo cual se puede destacar inicialmente que se puede someter cualquier controversia a una solución mediante consultas y negociaciones, sin embargo, esta no resulta obligatoria y por tanto de dudosa efectividad.

Dentro de las características de esta sección se encuentra que el procedimiento mediante el cual se soluciona la controversia es el arbitraje y el accionar de dicho mecanismo está en cabeza del inversionista, o del representante legal de la empresa que

ante el menoscabo de su inversión en violación de alguna de las normas estipuladas en el acuerdo. Igualmente, dentro del acuerdo se otorga el consentimiento expreso del sometimiento de la controversia al arbitraje, y el mismo será regido por las condiciones del CIADI y demás disposiciones procesales del acuerdo. Como elemento nuevo en materia de inversiones en el anexo 9-F las partes establecen la posibilidad de establecer un organismo de apelación o un mecanismo similar para revisar los laudos dictados de conformidad con el artículo 9.26, en arbitrajes iniciados después del establecimiento de un órgano de apelación o mecanismo similar.

De lo anteriormente descrito, se resalta que en comparación con el Tratado G3 el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia, este último cuenta con un mayor desarrollo en principios, y expresa una mayor regulación sobre circunstancias concretas, que permiten gozar de una mayor seguridad jurídica pretendiendo desestimar cualquier ambigüedad que se llegare a presentar en razón a un conflicto en la protección de la inversión.

Ahora bien, nos referiremos en tercer lugar al TLC suscrito por Colombia con el Triángulo del Norte, que comprende las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras, cuyas negociaciones iniciaron entre mayo de 2006 y marzo de 2007, y suscrito el 9 de agosto de 2007, en Medellín Colombia, ratificado por medio de Ley 1241 de 2008 en julio del mismo año, resaltando que dicho acuerdo tiene como antecedente los acuerdos marco de la ALADI suscritos en 1984. Dentro de los objetivos principales de esta negociación, se pretendió el fortalecimiento comercial de los países del triángulo norte, teniendo a Colombia como un socio estratégico, y significo la apertura de mercados, así como nuevos socios estratégicos[246].

Dentro de las temáticas reguladas por este tratado resaltaremos el acceso a mercados a partir del establecimiento de una zona de libre comercio y de preferencias arancelarias, la facilitación del comercio con procedimientos aduaneros que faciliten el intercambio de bienes y servicios, medidas de salvaguarda, antidumping y compensatorias, sanitarias y fitosanitarias, servicios, inversión, contratación pública, solución de controversias y demás capítulos tendientes a la apertura de mercados con una sana participación entre los involucrados. Se debe destacar que se estableció una restricción para algunos productos agrícolas y de maquinaria, considerando las

[246] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/tratado-de-libre-comercio-entre-la-republica-de-co

diferencias de capacidad productiva de los miembros, y pretendiendo una estabilización de dichos sectores productivos[247].

De acuerdo con lo manifestado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en sentencia C-446/09 ante la Corte Constitucional, el objetivo es fomentar oportunidades comerciales y empresariales de los involucrados, con sujeción a los principios de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, enmarcados dentro de la función y obligación del Estado colombiano de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas[248]

Ahora bien, con respecto al capítulo de inversiones se encuentra regulado en la parte cinco, capítulo 12 en dos secciones, A y B, desarrollando temáticas de ámbito de aplicación de la normas, primacía de interpretación sobre el acuerdo, protección de inversiones, principios como trato nacional, nación más favorecida, libre transferencia, expropiación e indemnización y demás temáticas similares al Tratado suscrito con Chile, así como las normas procesales referentes al arbitramento, razón por la cual no existe novedad sobre las disposiciones desarrolladas en este tratado.

Sin embargo, una de las diferencias que se puede mencionar al realizar un análisis de los textos de los tratados, es con referencia a las controversias que hubieren llegado a surgir con anterioridad a la vigencia del acuerdo, en tanto, las mismas no serán cobijadas por las garantías de este. En igual sentido, se limita el concepto de protección y seguridad plenas, por cuanto, al señalar que no implica un tratamiento superior al nivel de protección policial otorgado a los nacionales de la parte donde se haya realizado la inversión.

Una peculiaridad adicionada en el principio de nación más favorecida, en tanto, el mismo no se hace extensivo al arbitramento, el literal c) del punto 12.6, dice que "el trato de nación más favorecida que haya de otorgarse en circunstancias similares no se extiende a los mecanismos de solución de controversias que estén previstos en tratados o acuerdos internacionales de inversión"[249].

---

[247] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-chile-colombia

[248] Corte Constitucional. M.P. Mauricio González Cuervo, D.C., (2009) SENTENCIA C-446/09. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2009/C-446-09.htm#:~:text=Por%20medio%20de%20la%20cual,relativo%20al%20%E2%80%9CTrato%20Nacional%20y

[249] Tratado de Libre Comercio Entre la República de Colombia y las Repúblicas de el Salvador, Guatemala y Honduras, numeral 3, punto 12.6. Disponible en: file:///C:/Users/DANIEL/Desktop/ATLANTICO%20NORTE.pdf

Así las cosas, y una vez detalladas algunas de las diferencias encontradas producto de la comparación y el análisis de los textos de los G3, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia y el TLC Colombia – Triángulo Norte, se observa una tendencia a limitar el alcance del tratado, así como su interpretación, por ejemplo, en la temporalidad hacia futuro, o los principios dentro del arbitramento, pues esto obedece a la necesidad del Estado de restringir la ambigüedad para evitar conflictos que surjan de vacíos normativos y que den lugar a condenas millonarias en contra de los Estados y a favor del inversionista.

Una vez consolidados los acuerdos previamente relacionados, el paso a seguir para Colombia, fue enfrentar a un país con condiciones económicas superiores, tal es el caso de Canadá, con quien negoció el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, suscrito en la ciudad de Lima – Perú el 21 de noviembre de 2008, y ratificado mediante la Ley 1363 del 9 de diciembre de 2009, y con entrada en vigor el 15 de agosto de 2010.[250]

Como objetivo del mencionado acuerdo se estableció el buscar el crecimiento y el desarrollo económico continuo a partir de la creación de espacios libres de restricción para los signatarios. Resulta pertinente destacar que este acuerdo no es individual, puesto que se encuentra ligado con un el Acuerdo de Cooperación Laboral, relacionado con protección de derechos laborales; y el acuerdo de Medio Ambiente, con estándares de protección ambiental[251]. El acuerdo tiene bases establecidas claramente en los principios de trato nacional, nación más favorecida y trasparencia, buscando siempre las condiciones favorables y fomentado en la inversión.

Del contenido del acuerdo resulta importante destacar que este no solo predica una naturaleza comercial, sino que contiene compromisos sobre el comercio de servicios, inversiones, temas ambientales y laborales, es decir, que establece una regulación más amplia que los TLC firmados por Colombia hasta ese momento, gozando de una mayor regulación. Adicionalmente comprende un capítulo de fortalecimiento de capacidades comerciales y de cooperación[252].

Puntualmente, del texto del acuerdo se establecen tres bloques, el primero de ellos en lo referente al acceso de mercancías, agrícolas, no agrícolas, reglas de origen, procedimientos de origen y facilitación de comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias,

---

[250] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-con-canada
[251] Ibid.
[252] Ibid.

obstáculos técnicos al comercio y medidas de defensa comercial; el segundo, de inversión, servicios, comercio transfronterizo de servicios, telecomunicaciones, servicios financieros, y entrada temporal de personas de negocios; y finalmente, un tercer bloque, que comprende temas transversales como, la política de competencia, contratación pública, comercio electrónico, asuntos laborales, medio ambiente, cooperación y solución de diferencias.

De lo cual es evidente un progreso significativo, no solo en cuanto a las temáticas desarrolladas, sino en el contenido de las disposiciones pactadas, en comparación con los tratados previamente celebrados por el Estado Colombiano, el acuerdo suscrito con Canadá presenta una estructuración y alcance mayor.[253]

En efecto, dentro de los argumentos que se puede identificar por los cuales se justificó la suscripción de este acuerdo se resalta la importancia de Canadá como un país desarrollado y como precedente para la suscripción de nuevos acuerdos que pretendan la búsqueda de una mayor inversión. En igual sentido, se resalta la experiencia de dicho país en la celebración de tratados de inversión, dado que dentro de su historia se pueden destacar acuerdos con Chile (1996), Israel (1996), México y EEUU (1992), Costa Rica (2002), Perú (2009) y EFTA (2009), Panamá (2010) y Jordania (2009), así mismo, se tuvo en cuenta la importancia de dicho país al ser uno de los países con más alta importación per cápita.

En suma, dentro de las políticas públicas el acuerdo suscrito con Canadá constituyó un éxito, dada la importancia internacional de dicho país, sentando un precedente de aptitudes y competitividad de Colombia a nivel internacional[254].

Centrándonos en las disposiciones referentes a inversión, debemos señalar que las mismas se encuentran reguladas en el capítulo ocho a partir del articulo 801 y divididas en secciones A,B,C y D, destacándose las obligaciones sustantivas, solución de controversias, definiciones, contratos de estabilidad jurídica, controles de capitales, expropiación indirecta, formatos estándar de renuncia y sometimiento de una reclamación a arbitraje, exclusiones de la solución de controversias entre otras, figuras adicionales que los anteriores capítulos de inversión suscritos por Colombia en TLC no estipulaban.

---

[253] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/preguntas-frecuentes/abc-del-tratado-de-libre-comercio-colombia-canada

[254] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/preguntas-frecuentes/abc-del-tratado-de-libre-comercio-colombia-canada

En el capítulo de inversión del Acuerdo Colombia – Canadá llama la atención el cambio que se realiza de la prelación de las disposiciones, con respecto a otros capítulos de TLCs, puesto que, en el evento de cualquier incompatibilidad entre el capítulo de inversiones y otro capítulo, el otro capítulo prevalecerá en la medida de la incompatibilidad, siendo ésta una diferencia sustancial respecto de los anteriores capítulos de inversión suscritos por Colombia. Así mismo, se excluye del capítulo las disposiciones referentes a servicios financieros y se extienden a las disposiciones sobre comercio transfronterizo de servicios - acceso a mercados y 907 comercio transfronterizo de servicios – reglamentación nacional.

Una peculiaridad que diverge de los anteriores capítulos de inversión suscritos por Colombia es que al ser Canadá un estado federal en el desarrollo del acuerdo se hace extensivo todos los efectos como trato nacional y nación más favorecida, hacia los sub - estados que conforman dicho país.

Ahora bien, con respecto a la expropiación, este acuerdo establece puntualmente que el inversor podrá acceder a una revisión de su caso y de valoración de su inversión por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de la parte que ejecuta la expropiación, haciendo extensivos los efectos de este articulo a la revisión, encontrando de esta forma una marcada diferencia con los anteriores capítulos de inversión, en tanto, se limita al derecho interno y el mismo puede ser objeto de revisión por autoridad internacional.

Una figura nueva incluida en el capítulo de inversión del acuerdo con Canadá, es la figura de la subrogación, en donde se establece que una prerrogativa en favor de parte o agencia que haya efectuado un pago a algún inversionista, en razón de una garantía o contrato de seguro que ha celebrado respecto de una inversión, la otra parte reconocerá la subrogación a favor de la parte o agencia de todo derecho o título poseído por el inversionista, siendo esta una forma mediante la cual los Estados pueden proteger los intereses de los inversionistas de su territorio, de tal forma que la parte goza de una mayor acción e intervención cuando exista alguna afectación.

Una característica que se destaca en este acuerdo es la responsabilidad corporativa en materia de derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción, en tanto, las partes quedan comprometidas a fomentar dichos valores mediante políticas públicas internas dirigidas a los inversionistas.

Del mismo modo, una figura adicional creada en este acuerdo es el del comité de inversión, conformado por representantes de las partes, como órgano consultor frente a las controversias que versen sobre las inversiones y encaminadas a resolución de controversias y asuntos de asesoría relacionados, así como la promoción de la responsabilidad social corporativa y en general, todos los asuntos sobre inversiones identificados como prioritarios.

En la sección B se da la regulación a la solución de controversias entre un inversionista y la parte anfitriona, detallándose que la capacidad de acudir al arbitraje para la resolución de conflictos se encuentra en cabeza del inversionista, o empresa o persona jurídica. Adicionalmente se instituye un requisito procesal para acceder al tribunal de arbitramento por cuanto las partes contendientes sostendrán consultas y negociaciones para intentar solucionar una reclamación amigablemente antes que un inversionista contendiente pueda someter una reclamación a arbitraje. Seguidamente se instituye las figuras de medidas cautelares en donde los tribunales tendrán la facultad discrecional de establecer medidas tendientes a asegurar las inversiones y garantizar el cumplimiento de los laudos arbitrales, exceptuando el embargo o impedir la aplicación de la medida que se alega constituye una violación referida en los artículos 819 y 820.

Una vez verificadas algunas de las novedades en el contenido del capítulo de inversión contenidos en el acuerdo celebrado por Colombia con Canadá, se puede resaltar como un rasgo característico del mismo la tendencia a la protección de la inversión, estableciendo múltiples mecanismos para acceder a tribunales extranjeros y limitando la intervención del derecho local. En igual sentido, se observa una posición dominante del Estado de Canadá que se reserva facultades para accionar al Estado de Colombia en circunstancias específicas, facultad que el estado dominado no cuenta, resultando en una clara descompensación facultativas. No obstante, se resalta la inclusión de un mecanismo previo al accionar del tribunal de arbitramento, como medida previa a la acción judicial.

Por otra parte, encontramos uno de los mayores retos en relación con el capítulo de inversión celebrados por Colombia en el TLC suscrito con Estados Unidos de América, el cual entro en vigor el 15 de mayo de 2012, suscrito el 22 de noviembre del año 2006 y aprobado mediante Ley 1143 de 2007, con protocolo modificatorio del

acuerdo firmado en Washington el 28 de junio de 2007, y aprobado mediante Ley 1166 de 2007[255].

Como antecedentes directos, encontramos que mediante actas No. 69 y 70 del Consejo Superior de Comercio Exterior se ordenó al MCIT (Ministerio de Comercio, Industria y Turismo) iniciar negociaciones con EE. UU[256].

En el año 2003, bajo el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez, el representante comercial de Estados Unidos anuncio el interés del gobierno norteamericano para iniciar negociaciones, la intención de un nuevo mercado surge a partir del año 2001 en consideración a la tendencia decreciente de las exportaciones a la CAN pasando de US$2.771 millones a U$1.908 millones en 2003, lo cual implico asumir una nueva política pública para la búsqueda de ampliar mercados.[257]

Es así como el TLC con EE. UU constituyó para Colombia uno de los retos del gobierno en la búsqueda de oportunidades que contribuyeran a la creación de empleos y al mejoramiento del desempeño de la economía nacional, como primeros destinatarios de la implementación del TLC se tuvo el sector de exportación, quien podrían vender sus productos y servicios, en condiciones favorables en el mercado estadounidense[258].

A su vez, como principales temas de negociación implementados, estuvieron el acceso a mercados, en sus dos vertientes (industriales y agrícolas); propiedad intelectual; régimen de la inversión; compras del Estado; solución de controversias; competencia; comercio electrónico; servicios; ambiental y laboral. Cabe anotar, que al sector de servicios se lo considero como el dinamizador de las economías, pretendiendo la inversión extranjera por su interés en atraerla[259].

Dentro del contenido del acuerdo final se pueden resaltar tres bloques, iniciando con la compatibilidad jurídica del TLC con la CAN y temas institucionales como la administración, compromisos de transparencia y mecanismo de solución de controversias; un segundo bloque relacionado con el acceso de productos industriales, agropecuarios y servicios a los mercados, eliminación de las barreras arancelarias, procedimientos aduaneros, defensa comercial y compras públicas; por último las temáticas transversales que incluyen normas de propiedad intelectual, de competencia,

---

[255] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/preguntas-frecuentes/abc-del-tratado-de-libre-comercio-entre-colombia-y

[256] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-promocion-comercial-estados-unidos/contenido/resumen-del-acuerdo

[257] Ibid.

[258] Ibid.

[259] Ibid.

asuntos laborales y ambientales, inversión y el fortalecimiento de la capacidad comercial.

En efecto, el Estado colombiano a raíz de los acuerdos celebrados con Canadá y EE. UU. tuvo una gran apertura de mercados y se dio la posibilidad de competir a nivel internacional con una mayor cantidad de mercados[260]. En relación con las inversiones, el TLC con EE.UU. contempla lo pertinente en el capítulo diez, sin embargo, pese a la importancia y envergadura del país con el que se suscribe el acuerdo, el mismo cuenta con las mismas características y limitaciones que se establecieron en el acuerdo con Canadá, siendo el acuerdo con este anterior país más detallado y estructurado en diferente orden, No obstante, encontramos algunas diferencias sustanciales a las cuales nos referiremos a continuación.

Una de las primeras diferencias es el ámbito de aplicación del capítulo de inversiones, en tanto, en el acuerdo suscrito con Canadá, la aplicación se hace extensiva hacia las temáticas de comercio transfronterizo de servicios - acceso a mercados y comercio transfronterizo de servicios – reglamentación nacional que hacen parte integral del capítulo de inversiones, extensión que no se presenta el AII de EE. UU.

Así mismo, una diferencia leve es con respecto al tratamiento en caso de contienda, pues si bien el acuerdo de EE. UU. detalla puntualmente dos circunstancias que son la requisición y la destrucción de la inversión por causa de conflictos armados o contiendas civiles, en las cuales el Estado parte garantiza su restitución, compensación o ambas siendo una diferencia no sustancial y corresponde a una redacción más detallada, por cuanto si bien es cierto en el acuerdo colombo-canadiense no se encuentra detallado, dicha figura de restitución o compensación se encuentra de forma genérica en el punto 806.

Una diferencia sustancial con respecto a la responsabilidad social corporativa, por cuanto en el acuerdo suscrito con Canadá, existe una obligación por parte de los Estados de implementar políticas dirigidas a las empresas que desarrollen derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción, en oposición al criterio contemplado en el capítulo de inversión del TLC de EE.UU. en el que no se desarrolla ese factor social de responsabilidad, en tanto limita dichos ámbitos a la legislación interna como se evidencia en el punto 10.11.

[260] Ibid.

En este orden de ideas, denotamos que la mayor diferencia se da en cuanto a forma, no obstante, si existen diferencias sustanciales tales como la creación de una segunda instancia para los laudos, así como el enfoque social carente en el capítulo de inversión del TLC Colombo – estadounidense. En igual sentido se destaca la mayor complejidad de estos AII con respecto de los suscritos inicialmente con México, Chile, y el Triángulo Norte, en tanto se evidencia una mayor imponencia de los estados del continente norte americano.

Así mismo, en el ANEXO 10 – D del TLC con EE. – UU. encontramos una disposición especial sobre la creación de apelación o mecanismo similar, en el cual se estipula que las partes consideraran la posibilidad de establecer un órgano de apelación o similar para revisar los laudos dictados por los tribunales de arbitramento, disposición que no se encuentra en el capítulo de inversión del Acuerdo colombo – canadiense.

La entrada a los mercados europeos se dio a partir de la suscripción del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC (EFTA), conformado por los países de Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein. Las negociaciones para la suscripción de este acuerdo se iniciaron conjuntamente con Perú en el 2007, y se suscribió el 25 de noviembre del 2008, aprobado mediante la Ley 1372 del 7 de enero de 2010 y con entrada en vigor el 1 de julio de 2011. Suiza ratificó el tratado el 29 de octubre y Liechtenstein el 26 de noviembre de 2009; Noruega e Islandia ratificaron el acuerdo con entrada en vigor el 1 de septiembre de 2014 y el 1 de octubre del mismo año respectivamente. Cabe destacar, que la negociación se realizó en conjunto, sin embargo, la ratificación se realiza de forma interna por cada uno de los países miembros de la AELC.[261]

Una de las motivaciones para la suscripción de este acuerdo, es que los países miembros de AELC se caracterizan por ocupar un lugar destacado en el intercambio comercial del mundo, en bienes y servicios, y como uno de los mercados de mayor inversión, siendo esta una oportunidad para el Estado Colombiano en la búsqueda de diversificar mercados, por una parte nuestras exportaciones, pero principalmente el abastecimiento de materias primas, insumos y bienes de capital que permita mejorar la competitividad de la oferta exportable[262].

---

[261]Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-efta

[262] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/acuerdo-de-libre-comercio-efta/1-antecedentes/2-2-resumen-del-acuerdo-comercial-con-los-estados

En las negociaciones del Acuerdo con los Estados AELC se vinculó al proceso de negociación a organizaciones indígenas nacionales, ONIC, OPIAC, CIT y AICO, las cuales discutieron temas de interés tales como el medio ambiente, biodiversidad, conocimientos tradicionales y la protección de derechos constitucionales y legales, constituyendo esta participación en una innovación dentro de los procesos de negociación, dada la participación activa comunidades que un principio no gozaron de dicha relevancia[263].

Dentro del alcance del acuerdo se puede establecer tres bloques de intención: a) el primero de ellos que comprende la ampliación de mercados con países con poder adquisitivo; b) expansión y diversificación de inversiones, que pretende la incorporación de inversiones extranjeras en el país; y, c) el fortalecimiento y ampliación de lazos de integración con países de Europa. En este sentido es clara la intención de las políticas públicas en razón a la apertura de mercados, mejoramiento de relaciones internacionales y la búsqueda de inversión extranjera[264].

El contenido de los acuerdos incluye un acuerdo de libre comercio de aplicación multilateral con los países EFTA y tres acuerdos complementarios bilaterales suscritos individualmente con Suiza, Noruega e Islandia. El acuerdo se caracteriza por la búsqueda de un crecimiento y desarrollo económico, medidas de protección del medio ambiente y los derechos de los trabajadores, y la superación de la pobreza, de esta forma un tratado que amplía su espectro y no recae en un acuerdo netamente económico. Los temas del acuerdo se pueden concretar así: i) campo desarrollado con el acceso de mercancías, como insumos agrícolas; ii) servicios de inversión; y, iii) temas transversales y de institucionalización[265].

Centrándonos en lo que nos compete, la regulación de inversiones se encuentra en el capítulo cinco del tratado, y en contraposición a los capítulos de inversión suscritos por el Estado Colombiano y analizados previamente en este capítulo, este no cuenta con una extensión y detalle observado en los acuerdos que le precedieron, en tanto cuenta con una simplicidad de terminología y extensión limitada de once puntos soportados por sus anexos.

El Acuerdo Colombia – Estados AELC inicia con la cobertura de las disposiciones de dicho capítulo, siendo este general y aplicable a la presencia comercial

[263] Ibid.
[264] Ibid.
[265] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/preguntas-frecuentes/abc-del-acuerdo-efta

en todos los sectores, salvo el comercio de servicios; seguidamente establece una tabla de conceptos y los define entre los que se encuentran la definición de persona natural o jurídica, presencia comercial y demás terminología auxiliar al acuerdo. El acuerdo desarrolla el principio de trato nacional, el cual no presenta divergencia con los anteriormente relacionados, no obstante, tiene un tratamiento peculiar con respecto a las medidas disconformes, en tanto, las mismas se encuentran desarrolladas en el anexo XVIII, en donde los países suscribientes desarrollan sus reservas.

Dentro de las reservas encontramos que las mismas son restrictivas, referidas a territorialidad, actividades y personal que desarrolla actividades, ejemplo, dentro de las reservas de Islandia, se tiene que las empresas de inversión islandesa, la mayoría de sus fundadores deben ser islandeses, así como la compra de bienes raises los cuales solo pueden ser adquiridos para los fines de las inversiones, o el desarrollo de la actividad pesquera en territorio islandés solo puede ser desarrollado por islandeses, siendo esta una de las reservas más restrictivas dentro del acuerdo.

A su vez, Noruega y Suiza, presentan unas restricciones menores, en tanto, se reservan los cargos directivos o la mayoría de los socios fundadores los cuales deben ser de dichos países, sin embargo, las mismas resultan peculiares y determinan casos concretos, ejemplo; Noruega y Suecia se reserva todas las actividades con respecto al flujo energético y manipulación de dichos servicios, así mismo, establecen que lo concerniente a bienes raíces debe ser tratado conforme a los sub estados en estos cantones. Por su parte, Liechtenstein hace reservas en lo atinente a bienes raíces, energía y transporte aéreo, así como la conformación de presencias comerciales, señalando que las mismas están sujetas cuando son personas jurídicas a la seguridad nacional, y las personas a las normas de residencia de dicho Estado.

Finalmente, Colombia sostiene reservas sobre el personal del empleador que deberá ser igual al 90 por ciento del personal de trabajadores ordinarios y no menos del 80 por ciento de los trabajadores especializados, con respecto a la venta de empresas, la prelación de personal o trabajadores colombianos, sobre el uso de energía eléctrica y sobre la propiedad inmuebles.

De lo antes relacionado, se evidencia que una de las características más relevantes de este capítulo de inversiones contenido en el acuerdo suscrito entre Colombia y los Estados AELC es que cuenta con claras restricciones por parte del personal, permanencia y tránsito de personas de bienes raíces y de servicios, todos destinados a proteger intereses de las partes, siendo este uno de los acuerdos con mayor

carácter restrictivo. Ahora bien, dichas reservas no son inflexibles, puesto que en el texto del acuerdo se estableció que las mismas serán sometidas a revisión cada tres años.

Ahora bien, una diferencia con los otros capítulos de inversión acá analizados es que en este existe una prerrogativa en favor de personas clave, que implicaría el otorgamiento de entrada temporal y permanencia siendo esta extensiva a sus familiares hijos y esposa. Así mismo, con respecto a los pagos y movimientos de capital, en este acuerdo Colombia se reserva las potestades de su banco central para tomar medidas conforme a las estipulaciones legales internas y con el propósito de velar por la estabilidad de la moneda y el normal funcionamiento de los pago internos y externos. Dicha potestad solo se encuentra limitada por los principios de no discriminación, igualdad y buena fe.

Cabe anotar, que una diferencia con respecto a otros tratados es que Colombia se reserva el derecho de adoptar medidas por razones de orden público, siempre que obre sin demora comunicación por escrito al Comité conjunto sobre la medida. Dentro de las disposiciones se incorpora el XIV del AGCS (l Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) con respecto a las excepciones relativas a la seguridad.

En lo referente a la trasferencia de pagos, los países suscribientes, se obligan a no aplicar restricciones a los movimientos de pago corrientes y movimientos de capital relacionados con actividades de presencia comercial, este tema se encuentra limitado solamente por las restricciones para salvaguardar la balanza de pagos y se incorporan los párrafos 1 y 2 del artículo XII del AGCS, donde se faculta la restricción de pagos cuando exista amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, por parte de un miembro suscribiente del acuerdo.

Del tratado analizado podemos destacar que es un acuerdo con menor detalle de circunstancias particulares, no cuenta con las disposiciones arbitrales con respecto a otros acuerdos, concede grandes potestades a las partes y desarrolla restricciones en materia de personal, tránsito, actividades y políticas de circulación de inversiones.

De otra parte, encontramos el acuerdo celebrado entre Colombia y la Unión Europea el cual se dio simultáneamente con la apertura del mercado europeo, el Parlamento de esta región aprobó el Acuerdo, el 11 de diciembre de 2012 y en Colombia su aprobación tuvo lugar en el Congreso de la República iniciando su análisis en el mes de noviembre de 2012, el cual se extendió hasta el 5 de junio de 2013, finalizando con la sanción del presidente Juan Manuel Santos, mediante la Ley 1669 del

16 de julio de 2013. Cabe destacar, que las negociaciones se desarrollaron en conjunto entre Colombia, Perú y Ecuador (Bloque - CAN) con la Unión Europea, es decir, que las mismas se surtieron a partir de la intervención de organizaciones supra estatales[266].

Como novedad en este Acuerdo, tenemos el Decreto 2247 de 2014 vigente desde el 8 de noviembre de 2014, que estableció la desgravación para los productos provenientes de la Unión Europea y sus Estados miembros, dentro de esta normativa se contemplaron cronogramas de desgravación, salvaguardias para productos agrícolas y salvaguardias bilaterales. Este acuerdo entro en vigor provisional el 1° de agosto del 2013 y en noviembre del 2014 entró en vigor permanente[267].

Como principales logros a destacar dentro del acuerdo se destaca la política pública de internacionalización que ha planteado el Estado colombiano asegurando condiciones preferenciales y permanentes con un actor fundamental para la economía como lo es la Unión Europea. La UE cuenta con 500 millones de habitantes, con 27 estados miembros y representa un 30% de la producción mundial, su PIB per cápita es 4 veces superior al de Colombia, y está en primer lugar como exportador de bienes (USD 1.921.000 millones), e importador de bienes (USD 2.301.000 millones) siendo de esta forma el segundo socio comercial más importante para Colombia, solamente superado por EE.UU. A nivel de la inversión (sin incluir el sector petrolero) acumulada del periodo enero 2002 a septiembre de 2009 de la UE en Colombia alcanza los USD 6.350 millones, ubica a la UE como el segundo inversionista en nuestro país con el 23% de la participación sobre el total[268].

Dentro de los contenidos más relevantes se destaca el acceso a mercados que involucra desgravación arancelaria para bienes agrícolas, así como industriales, siendo los segundos una innovación dentro de los acuerdos celebrados por Colombia en aras de una industrialización. También se tratan temas de asistencia técnica y fortalecimiento de las capacidades comerciales; solución de controversias; asuntos institucionales; comercio y desarrollo sostenible; propiedad intelectual; comercio de servicios, establecimiento y comercio electrónico; competencia, compras públicas; aduanas y facilitación al comercio, defensa comercial; medidas sanitarias y fitosanitarias;

[266] Ibid.
[267] Ibid.
[268] Ministerio de Comercio, Industria y Turismo República de Colombia, Acuerdo Comercial con la Unión Europea Principales Resultados. PP. 1, Disponible en: http://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/Acuerdo-Comercial-con-la-Union-Europea-Principales-Resultados.pdf

obstáculos técnicos al comercio; y reglas de origen. Los productos que se excluyeron de la negociación fueron carne de cerdo, avicultura, maíz y arroz[269].

A diferencia de los anteriores capítulos de inversión incluidos en los TLC celebrados por Colombia, en el acuerdo con la Unión Europea no se encuentra una disposición de inversiones concreta en un capítulo, sino que las mismas se encuentran desarrolladas a lo largo del texto del acuerdo y se desarrolla la figura de inversión extranjera directa, razón por la cual a continuación se detallan los aspectos más relevantes de este tratado.

En primer lugar, se establece que uno de los objetivos del acuerdo es facilitar el comercio y la inversión entre las partes mediante la liberalización de los pagos corrientes y los movimientos de capital relacionados con la inversión directa; los Estados se comprometen a no establecer limitaciones en la participación de capital extranjero en forma de un límite porcentual máximo de participación accionaria extranjera o del valor total de la inversión extranjera individual o agregada[270]; entre otros acuerdos contenidos en el capítulo 2, se limita el alcance del acuerdo, y se establece que el mismo es independiente de otros acuerdos de inversión; una peculiaridad es que los países se obligan a implementar políticas de fomento de inversión de forma recíproca.

Ahora bien, con respecto al flujo de capital el mismo se encuentra regulado en el título V y no se señalan restricciones, se autoriza el pago y transferencia en moneda forma libre; igualmente se establece que los Estados se comprometen a garantizar el libre movimiento de capital con relación a las inversiones directas efectuadas en las personas jurídicas constituidas de conformidad con las leyes del país anfitrión, así como inversiones y otras transacciones; como medio de salvaguarda para Colombia se señala que en circunstancias excepcionales, los pagos y movimientos de capital, que causen o amenacen con causar serias dificultades en el funcionamiento de la política cambiaria o política monetaria, Colombia podrá adoptar medidas de salvaguardia con respecto a los movimientos de capital, por un período que no exceda un año. Estas medidas de salvaguardia podrán mantenerse más allá de dicho plazo por razones justificadas, cuando ello sea necesario para superar las circunstancias excepcionales que llevaron a

[269] Ibid.
[270] Acuerdo Comercial entre Colombia y El Perú, por una Parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, articulo 112.

su aplicación, en cuyo caso, Colombia deberá presentar anticipadamente a las otras partes las razones que justifican su mantenimiento[271].

Además, mediante el acuerdo se crea un subcomité sobre propiedad intelectual, el cual tiene facultades consultivas con respecto de las inversiones de las partes, en lo referente a monopolios y asistencia técnica, quien velara por las inversiones, así como por los demás aspectos relacionados con el buen manejo de bienes y servicios.

En lo concerniente a cambio climático, se acuerda que las inversiones deberán estar encaminadas a la implementación de tecnologías disponibles para la producción y uso de energías limpias, para la mitigación y adaptación al cambio climático, y, se establece que las leyes sobre protección ambiental tienen prelación sobre las inversiones, por cuanto las mismas deben estar acordes a dichas leyes.

En este punto se puede establecer claras diferencias en relación con los capítulos de inversión celebrados con países americanos con respecto a los celebrados con países europeos, en tanto, en el desarrollo de las temáticas los primeros resultan ser más extensos y detallados, en contraposición con los segundos que apelan por una simplicidad en su estructura, sin menoscabar el contenido de estos.

Finalmente, y a manera de conclusión con respecto el acuerdo suscrito entre Colombia y la U.E. se puede establecer como principal característica de la inversión, que la misma se maneja bajo la figura de la inversión directa, y propende por una libertad económica y de flujo de capital.

Posterior a la entrada a los mercados europeos, Colombia da apertura a los mercados asiáticos con la suscripción del Acuerdo entre la República de Colombia y la República de Corea, aprobado mediante Ley 1747 del 2014, teniendo como objetivo principal la búsqueda de la integración, crecimiento y desarrollo de ambas economías por medio de una cooperación tecnológica, comercial y jurídica. Para el tratado de negociación se realizaron múltiples rondas iniciando el 7 de diciembre de 2010, en la capital Seúl – Corea y terminado el 13 de junio de 2012 en la capital del país asiático, divididas en siete rondas a través de diferentes ciudades incluyendo ciudades colombianas y norteamericanas. Ratificado por Colombia mediante la Ley 1747 del 26 de diciembre de 2014, y declarado exequible mediante sentencia C-184 de 2016[272].

---

[271] Acuerdo Comercial entre Colombia y El Perú, por una Parte, y la Unión Europea y sus Estados Miembros, articulo 170

[272] ABC DEL ACUERDO COMERCIAL CON COREA DEL SUR (2011), Ministerio de Comercio, Industria y Turismo República de Colombia. pp. 1-3. Disponible en:

Dentro de la justificación para la suscripción del acuerdo el Estado Colombiano señaló que el mercado asiático posee casi el 60% de la población mundial y corresponde a una economía en desarrollo exponencial, siendo un mercado adquisitivo creciente y potencial inversionista. Aunado a lo anterior, el continente asiático ha perfilado un crecimiento del 34% del producto bruto del mundo, siendo países como Japón, China, Singapur, Malasia e India, potenciales inversores y destinatarios de las políticas públicas de Colombia, encaminadas a la incorporación de inversión extranjera, así como de apertura de mercados.

Con la suscripción del acuerdo Colombia busca la eliminación de aranceles y barreras arancelarias a la exportación colombiana e igualar la competitividad ante otros países como Chile y Perú, mejorar la industria colombiana con un proveedor de talla mundial, mejorando las relaciones con el mercado asiático con respecto de los exportadores e importadores, con la comercialización de bienes y servicios, tecnología y demás productos beneficiosos para el Estado Colombiano. En este sentido, el acuerdo con Corea del Sur sirve como experiencia para los empresarios colombianos con respecto al mercado asiático[273].

Dentro del contenido del acuerdo encontramos 22 capítulos, entre los que se destaca la agilidad en los procesos aduaneros, cronogramas de desgravación, la complementación y homologación de requisitos técnicos, sanitarios y fitosanitarios, la libre circulación de capital humano y financiero, la optimización de la logística y la infraestructura, la propiedad intelectual, la contratación pública y el medio ambiente, entre otras temáticas que se encuentran en TLCs previamente suscritos por Colombia[274].

Así mismo, se puede evidenciar que Colombia ya cuenta con una experiencia al momento de suscribir TLC y que los mismos siguen obedeciendo a las exigencias internacionales y a los modelos ya establecidos, por ello la principal característica del acuerdo con Corea del Sur es la apertura del mercado asiático y la búsqueda de nuevos mercados e inversores.

En lo atinente a las disposiciones referidas a inversiones, las mismas se encuentran divididas en tres secciones A, B, y C en el capítulo ocho del tratado. En este AII se retoma la estructura de capítulos y presenta un contenido similar a los acuerdos

---

http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/vigente/corea/antecedentes/abece-del-acuerdo-comercial-con-corea-del-sur/abc-del-acuerdo-comercial-con-corea-del-sur.pdf.aspx

[273] Ibid.

[274] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/corea

suscritos con Canadá y EE. UU, razón por la cual a continuación se detallan las diferencias sustanciales entre dichos textos.

Entre las primeras diferencias encontradas es que se prescinde de cláusulas con respecto a la extensión de temáticas hacia sub-estados, en consideración a que Corea del Sur, no está constituido como un país federal, otro aspecto a diferenciar es que la figura de la subrogación solo se encuentra presente en los AII de Corea del Sur y Canadá, en tanto, la misma no está presente en el AII Colombo – estadounidense. De manera peculiar se destaca un título de conciliación previo al inicio del arbitramento contenido en el punto 8.17, en el cual se da prelación a solución amistosa del conflicto.

En este punto, se evidencia la experiencia que ostenta Colombia en los múltiples capítulos de inversión suscritos, considerando que se realizan leves ajustes a la redacción de los tratados cuando le es posible, y se evidencia una tendencia a la solución de conflictos mediante la negociación.

Después de los acuerdos con países como EE.UU., Corea del Sur, Canadá y con entidades supranacionales como la U.E. o el AELC (EFTA), Colombia se da a la búsqueda de otros mercados entre los que se encuentra Costa Rica, con quien inicia negociaciones en junio de 2012, con cuatro rondas de negociación que finalizaron en marzo de 2013. El tratado se suscribe el 22 de mayo de 2013 y se aprueba mediante Ley 1763 del 15 de julio de 2015[275].

Colombia considero la celebración del acuerdo con Costa Rica en atención a que es un país con una de las economías más dinámicas y estables de Latinoamericana, con el que tiene buenas relaciones diplomáticas, culturales y económicas, por medio de este acuerdo el Estado colombiano buscó la consolidación de las redes comerciales con Centro América y tenerlo como complemento al TLC suscrito con el Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala y Honduras) y Panamá.[276]

Adicionalmente, como objetivos principales buscados con la suscripción del acuerdo con Costa Rica encontramos la reducción de aranceles, dirección de integración económica, acceder a un mercado con un poder adquisitivo superior en más de 20% al de Colombia, profundizar la presencia comercial de firmas colombianas en Costa Rica, seguridad jurídica para los inversionistas colombianos en dicho país, en consideración a que Colombia es el cuarto inversionista en el país centroamericano, la consolidación de

[275] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/costa-rica
[276] Ibid.

acuerdos comerciales con las principales economías latinoamericanas, el impulso de Colombia en la participación de Costa Rica en la Alianza Pacífico, el incremento de flujos de inversión y turistas entre los países, fomento de alcancías productivas y las condiciones de acceso al mercado de bienes y moderna normativa en materia de inversión y servicios.[277]

El acuerdo se encuentra dividido igualmente en 22 capítulos, los cuales se resumen en tres bloques, uno con respecto al trato de mercancías, reglas y facilitación del comercio, reducción de aranceles; un segundo, de servicios y de mercancías; y un bloque final de temas transversales y de institucionalización.[278]

Resulta pertinente resaltar que, dada la experiencia ya adquirida por Colombia, se instaura un capítulo de solución de controversias, encaminado a la conciliación, en aras de evitar procesos ante organismos internacionales.[279]

Ahora bien, una de las características que lo diferencia de los anteriores tratados analizados en este acápite del trabajo de investigación, es la búsqueda de los inversionistas colombianos de seguridad de sus inversiones en Costa Rica, es decir, que en esta tratado Colombia interactúa como inversor y no como país destino de inversionistas exclusivamente, aclarando que Costa Rica igualmente busca la seguridad frente a sus inversores, frente a lo cual se establece una clara diferencia en las condiciones con respecto de los tratados anteriormente suscritos, en tanto, el papel de Colombia frente a Costa Rica es entre iguales, y no en condiciones de inferioridad.

Con respecto al capítulo de inversiones este acuerdo igualmente presenta similitudes con los acuerdos suscritos con los países de Canadá, E.U. y Corea del Sur, razón por la cual a continuación se resaltan las diferencias más relevantes.

Para empezar, se destaca que el ámbito de aplicación del tratado se prohíbe y se limita la interpretación en el sentido de imponer una obligación a una parte para privatizar cualquier inversión que posee o controla, o para impedir a una parte designar un monopolio. Del mismo modo, se establece que las partes no se obligan con respecto a inversiones realizadas con capital o activos derivados de actividades ilegales; Al igual

---

[277] Dirección de Integración Económica, Resumen Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Costa Rica. Pp. 1-3 Disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/vigente/costa-rica/resumen-del-acuerdo-o-tratado/resumen-del-acuerdo-o-tratado.pdf.aspx

[278] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/costa-rica/texto-del-acuerdo-espanol

[279] Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y la República de Costa Rica, Capitulo 18. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/TLC/media/media-TLC/Documentos/Capitulo-18-Solucion-de-Controversias.pdf

que en el capítulo de inversiones suscrito con Canadá, este presenta una protección con respecto a las temáticas medio ambientales, laborales, de salud y seguridad relacionadas en los artículos 12.8 y 12.9; una diferencia sustancial se evidencia con respecto a las transferencias, toda vez que, en este acuerdo cada parte permitirá que las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen en moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia, circunstancia que contaba con más restricción en los tratados suscritos con Canadá y EE.UU., y se asemeja más al tratamiento dado en el acuerdo suscrito con la Unión Europea.

En este acuerdo si se presenta la figura de la subrogación, con similitud al suscrito en el capítulo de inversión del acuerdo con Canadá en contraposición con el acuerdo Colombo- estadounidense; en lo referente a las negociaciones previas para acceder al tribunal de arbitramento se evidencia una prolongación en el término de estos, en contraposición con el acuerdo previamente suscrito con Canadá, en donde se da un término de 30 meses para las negociaciones, en comparación con los seis meses contenidos en el artículo 12.16 del tratado con Costa Rica, estableciendo un sistema más prolongado de negociaciones que pretende evitar el accionar por parte de los inversores de forma directa.

En ese orden de ideas, el capítulo de inversiones del acuerdo suscrito entre Colombia y Costa Rica se destaca, en tanto, se evidencia una mayor experiencia en lo referente al tratamiento de las inversiones, así como a nivel judicial, en razón a que la pretensión de este tratado es la búsqueda de solución de controversias a partir de negociaciones limitando la fase accionar de los tribunales.

Finalmente, conviene mencionar la restricción con respecto a inversiones provenientes de actividades ilícitas, propia de las regiones suramericanas, evidenciando la dificultad que tienen los países de la región por controlar el ingreso de activos con origen ilícito dentro de las fluctuaciones de capital a sus economías.

Otros de los tratados suscritos por Colombia y con disposiciones peculiares, es el Tratado Alianza del Pacifico, como mecanismo regional de integración, conformado por Chile, Colombia, México y Perú, establecido en 2011 y ratificado por Colombia mediante la Ley 1628 del 22 de mayo 2013.

Como principales objetivos planteados en el acuerdo se establecieron la construcción de un área de integración para la libre circulación de bienes, servicios, capitales, personas y economía; impulsar un mayor crecimiento, desarrollo económico y competitividad de las economías de sus integrantes; y, convertirse en una plataforma de

articulación política, integración económica y comercial, y proyección al mundo, con énfasis en la región Asia-Pacífico.[280]

Este tratado cuenta con un sistema organizacional establecido, entre los que se encuentran, las cumbres como superior jerárquico, conformado por los presidentes de cada Estado; seguido del consejo de ministros que reúne a los Ministros de Relaciones Exteriores y Ministros de Comercio Exterior de los Estados Miembro; y, el grupo de alto nivel: reúne a los viceministros de Relaciones Exteriores y Viceministros de Comercio Exterior. Adicionalmente cuenta con 27 grupos de trabajo que se encargan de la ejecución de las órdenes presidenciales en apoyo, en correspondencia con el grupo de relacionamiento externo (GRE), quien se ocupa de consolidar una agenda de trabajo con los Estados observadores, terceros Estados y otros foros regionales, con énfasis en Asia-Pacífico. [281]

El contenido del tratado inicia con un acuerdo marco de constitución, donde se establecen disposiciones generales, organizacionales y objetivos, complementado por dos protocolos modificatorios, donde se destaca contenidos como el trato justo de aranceles, servicios y de mercancías, un segundo de servicios y de mercancías; y un bloque final de temas transversales y de institucionalización. Adicionalmente, cuenta con 7 decisiones mediante las cuales ejecutan acciones de solidaridad y hermandad entre Estados como cooperación frente a disposiciones y controversias internacionales, y finalmente con 3 acuerdos donde se regula la movilización de personas dentro de los estados miembros en razón a la ejecución de negocios.[282]A diferencia de los tratados previamente analizados, podemos detallar que este se caracteriza por establecer una estructura orgánica y jerarquizada de integración.

Ahora bien, con respeto a la temática de inversiones las mismas se encuentran contenidas en el Protocolo adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, en el capítulo 10, en tres secciones A, B y C, como característica fundamental se destaca la influencia de AII suscritos previamente, en especial el de EE.UU y Canadá, los cuales se han presentado como los modelos base para la suscripción de este tipo de acuerdos,

---

[280] Abecé Alianza del Pacífico, 2017, XII Cumbre Alianza del Pacifico. pp. 3 disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/vigente/alianza-del-pacifico/contenido/abc-alianza-del-pacifico/abc-cumbre-alianza-del-pacifico-2017/abece-cumbre-ap-2017.pdf.aspx

[281] Abecé Alianza del Pacífico, 2017, XII Cumbre Alianza del Pacifico. pp. 5 disponible en: http://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/vigente/alianza-del-pacifico/contenido/abc-alianza-del-pacifico/abc-cumbre-alianza-del-pacifico-2017/abece-cumbre-ap-2017.pdf.aspx

[282] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/alianza-del-pacifico/contenido/textos-de-los-acuerdos-de-la-alianza-del-pacifico

razón por la cual, se procede a destacar diferencias sustanciales que se evidencien en el acuerdo.

Una de las diferencias respecto del acuerdo con EE.UU. es la extensión del contenido de estos hacia los sub-estados, entendiendo de esta forma que el acuerdo vincula a los Estados en su generalidad. Igualmente, la figura de compensación por requisición o destrucción de la inversión se encuentra presente conforme al TLC con EE.UU. De otra parte, no cuenta con una restricción con respecto de la transferencia a una persona en su territorio, una tecnología en particular, un proceso productivo u otro conocimiento de propiedad como si se contempla en el numeral 10.9 del AII suscrito con E.E.UU, en tanto, se evidencia que por parte del país potencia existe una tendencia a la protección de las inversiones representadas en propiedad intelectual o productiva, a diferencia de los Estados que suscriben el TLC de la Alianza del Pacífico que establece un tratamiento más permisivo de esta temática contenida en el numeral 3 del punto 10.8, facultando el préstamo de uso de un derecho de propiedad intelectual.

Así mismo, en el numeral 5 correspondiente a requisitos de desempeño se da un desarrollo especial a las medidas de protección a las normas de naturaleza ambiental, normas de protección a la vida o salud humana y animal o vegetal de preservación de recursos naturales no renovables vivos o no. Con respecto a la transferencia, se establecen nuevas restricciones, en tanto, ninguna parte podrá exigir a sus inversionistas que efectúen transferencias, ganancias, utilidades u otros montos derivados o atribuibles a inversiones llevadas a cabo en el territorio de otra parte[283].

Una de las mayores diferencias la encontramos en cuanto a solución de controversias en el artículo 10. 15, por cuanto se desarrolla con mayor amplitud las figuras de negociación y resolución de forma amistosa por medios como la conciliación y mediación. Igualmente se detalla el procedimiento para el efecto, el cual inicia con una solicitud, una consulta que se llevara a cabo por un término de seis meses y se limita este proceso el cual no es interpretado como reconocimiento de la jurisdicción del tribunal. Dentro del acuerdo se establece este requisito como previo al acceso al tribunal.

Otro de los capítulos de inversión incluidos en un acuerdos que contienen un capítulo de inversión, es el correspondiente al acuerdo comercial entre Colombia e Israel, firmado el 30 de septiembre de 2013 y aprobado mediante la Ley 1841, cuyas

[283] Acuerdo Alianza Pacífico, articulo 10.11, numeral 4. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Pacific_Alliance_Text_s.asp

negociaciones se iniciaron en el año 2012 y es la primera negociación con un país del Medio Oriente, teniendo como objetivo el incremento de los flujos comerciales y de inversión, impulsar la economía bilateral, remoción de barreras arancelarias y el fomento de las relaciones diplomáticas.

Como consideración importante para la suscripción del tratado con Israel se tuvo en cuenta por parte del estado colombiano su economía innovadora y dinámica, de orientación importadora, con alto poder adquisitivo y economías complementarias con socios comerciales, como los son EFTA, EE. UU, Canadá y México[284].

Los beneficios buscados con la suscripción de dicho acuerdo se señalaron la reducción y eliminación de aranceles y barreras no arancelarias, acceso a un mercado con un poder adquisitivo superior, la creación de un comercio en productos no existentes, la reducción de los costos de transacción, agilidad en los procesos aduaneros, aumento de la inversión, creación de nuevos negocios y aumento del intercambio comercial, tanto en bienes como en servicios.

Dentro de los asuntos regulados en el tratado encontramos: disposiciones iniciales y generales, disposiciones institucionales, acceso a mercados, reglas de origen, procedimientos aduaneros, obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias; defensa comercial, servicios, inversión, compras públicas, asistencia técnica y fortalecimiento de las capacidades comerciales, excepciones, solución de controversias y disposiciones finales[285]. En lo atinente a las inversiones, en este tratado la diferencia en relación con los otros analizados en este acápite del trabajo se presenta en los bienes y servicios, evidenciándose experiencia del Estado colombiano en la suscripción este tipo de tratados.

Cabe anotar, que este acuerdo establece claramente la obligación de las partes en fomentar y crear condiciones favorables para las inversiones de los Estados partes, las cuales deberán ser realizadas a través de sus legislaciones, imponiendo claramente una obligación con respecto al derecho interno, el cual deberá proteger la inversión, este aspecto es la primera vez que se pacta en esos términos, en tanto, no existía esa obligación expresa de regular por medio del derecho interno la protección a la inversión en los otros acuerdos analizados en este acápite.

---

[284] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/preguntas-frecuentes/abc-del-acuerdo-comercial-con-israel
[285] Ibid.

Adicionalmente en el título de inversiones 10.6 se desarrolla de manera más amplia lo referente a las transferencias, señalando que deben realizarse conforme a legislación de las partes, y la moneda será de libre uso, cumpliendo con las obligaciones fiscales correspondientes, frente a lo cual se destaca la libertad al momento de seleccionar la moneda y el pago de las obligaciones fiscales de cada país, siendo un resguardo para las partes con referente a dichas obligaciones.

Así mismo, desarrolla el principio de trato nacional en referencia a las trasferencias señalando que se realizarán en términos no menos favorables que los otorgados a los inversionistas de la parte receptora, se destaca también la facultad de parte de limitar la aplicación de medidas restrictivas cuando existan serias dificultades en la balanza de pagos y sobre el manejo macroeconómico relacionado con las políticas cambiaria y monetaria, siendo esta una facultad más dispositivas hacia las partes.

En relación con la expropiación se hace una expansión y se explican los términos de interés social o interés público, limitando y detallando su alcance a lo detallado en la Constitución Política de Colombia en los artículos 58 y 336, en igual sentido, se desarrolla el concepto de expropiación o nacionalización, entendiendo como expropiación cualquier figura que cumpla con la condición de generar un impacto económico, que genere una interferencia sobre las expectativas razonables de la inversión, el carácter de la medida o sobre los objetivos perseguidos, y si los mismos son en razón a propósitos públicos legítimos.

El acuerdo Colombia - Israel en el punto numero 10.10 a diferencia de los anteriores AII realiza una limitación a la subrogación, estableciendo que el trato más favorable hacia los inversionistas deberá ser bajo la legislación de la parte receptora de la inversión o las obligaciones de la parte receptora de la inversión según el derecho internacional.

Un capítulo adicional que llama especialmente la atención es en lo referente a las excepciones, contenido en el punto 10.11, en el cual se establecen taxativamente circunstancias que permitan mantener en resguardo los intereses de parte, entre las excepciones encontramos cualquier medida que sea tomada de buena fe, razonable y prudencial, que permitan proteger el sistema financiero.

En lo relativo a las reclamaciones ante arbitrajes, una de las modificaciones más importantes que se pueden resaltar de este acuerdo, es la que señala que el reclamante debe acceder en primera instancia a la reclamación administrativa (sede gubernativa), ante la parte, o cualquiera medio de reclamación local, sin embargo, una vez

trascurridos 6 meses de la ocurrencia del hecho, el inversionista no estará impedido de presentar una reclamación de arbitraje ante el CIADI, arbitraje complementario CIADI, ó conciliación, ante Corte competente o a tribunal de arbitramento ad hoc.

En conclusión, de este acuerdo se destaca que progresivamente y a raíz de la experiencia con respecto a los anteriores AII, existe una tendencia de Colombia a establecer con mayor precisión figuras y términos que pueden ser sujeto de interpretación perjudicial en caso de controversias; igualmente se resalta un mayor desarrollo en cuanto a la solución de conflictos por medios amistosos, adicionando figuras como la conciliación. En este sentido encontramos que este acuerdo es uno de los más detallados y elaborados, contando con claridad de terminología, principios, y procedimientos concretos.

Por último, encontramos el acuerdo comercial con celebrado entre Colombia y Panamá el cual se encuentra suscrito, pero no en vigor, las negociaciones iniciaron en marzo de 2010 y como característica principal encontramos que es un acuerdo entre países limítrofes y contiene aspectos puntuales como la lucha contra el contrabando, actualmente se encuentra en vigencia parcial conforme al Acuerdo No. 29, suscrito en el marco de la ALADI en julio de 1993, el acuerdo cuenta con dos protocolos modificatorios que entraron en vigor el 4 de julio de 2003 y el 14 de abril de 2005.

Del contenido del acuerdo se destacan las preferencias arancelarias a cerca de 200 productos en forma recíproca, pero asimétrica, con preferencias para el ingreso de mercancía a Colombia entre el 70% y 100%., algunos productos incluidos son: pescado, moluscos, palmitos, frutas tropicales, preparaciones alimenticias, medicamentos para uso humano, disolventes, caucho, baúles y maletas, guata de celulosa, papeles y vidrios de seguridad[286].

Cabe destacar, que el capítulo de inversiones de este acuerdo no presenta mayores innovaciones de las ya tratadas previamente en los acuerdos que le precedieron, por cuanto parte de un modelo similar a los AII suscritos con Estados Unidos y Canadá.

En conclusión, una vez realizado el análisis detallado de las disposiciones contenidas en los capítulos de inversión pactados en los TLC suscritos por Colombia, podemos establecer que los mismos se dieron en tres momentos, uno inicial de experimentación, como son los acuerdos G3 y Chile, un segundo momento de

[286] Ministerio de Comercio, Republica de Colombia – Min Comercio. Disponible en: http://www.tlc.gov.co/acuerdos/suscrito/panama/contenido/informacion-general

expansión con potencias, como lo son los AII con Canadá, EE. UU., Unión Europea, EFTA y uno de expansión hacia nuevos mercados, como el suscrito con Israel y Corea del Sur.

Dentro de esos tres momentos, el primero se destaca por una inexperiencia, en tanto, los acuerdos no cuentan con un gran nivel de detalle con respecto de las figuras y terminologías, resultando acuerdos ambigüos con dificultades en su interpretación y ejecución; la segunda etapa de experimentación con potencias económicas en donde los AII presentaron estructuras más complejas y detalladas, que evidencian la tendencia a un proteccionismo de la inversiones y la incorporación de normas sobre temas de derechos humanos, laborales, sociales y ambientales; finalizando con la etapa actual, caracterizada por una experiencia no solo a nivel de suscripción de acuerdos, sino frente a la defensa ejercida ante disputas llevadas ante tribunales de arbitramento, lo que ha conllevado a que en el contenido de los mismos sea clara la intención de que en las controversias que se llegaren a generar entre los inversionistas y partes se prefiera la solución amistosa antes que las instancias del sometimiento de las mismas a instancia de los tribunales arbitrales.

4. Control de constitucionalidad de los acuerdos internacionales de inversión celebrados por Colombia

Uno de los aspectos fundamentales con respecto de la incorporación de los AII al ordenamiento jurídico doméstico es la perspectiva Constitucional, en tanto, este es el último control que se realiza respecto de los acuerdos suscritos inicialmente por el gobierno de turno, aprobados mediante ley por el Congreso, y finalmente declarados constitucionales por la Corte Constitucional de Colombia.

Como antecedente histórico encontramos que inicialmente los acuerdos no eran sometidos a un control de constitucionalidad, puesto que los mismos eran ajenos a la realidad cotidiana del individuo y a nivel estatal nos encontrábamos en una época restrictiva frente a la suscripción de acuerdos internacionales, dentro del ordenamiento jurídico no se contaba con una Corte Constitucional, sino que, el mismo estaba en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que desde el año 1914, hasta el 6 de junio de 1985, había declarado que no tenía competencia para conocer de dichos asuntos. Si bien es cierto, en la sentencia de 1985 la Corte se declaró inhibida para conocer del tratado de extradición suscrito con Estados Unidos, la misma advirtió que

tenía competencia para examinar la constitucionalidad de los tratados internacionales desde la promulgación de la ley aprobatoria hasta antes del canje de ratificaciones.

Finalmente, la Corte mediante sentencia del 12 de diciembre de 1986, declaró la inexequibilidad de la ley aprobatoria del Tratado de extradición con Estados Unidos con base en la tesis de la competencia intemporal, pero circunscrita a la confrontación de los aspectos formales de la ley aprobatoria del Tratado[287], es decir, que la revisión constitucional de los tratados internacionales en su primer momento solo se surtió ante una perspectiva formal mas no sustancial, situación que se conservaría hasta la promulgación de la Constitución de 1991.

Ahora bien, con la aparición de la Constitución de 1991 se dio un cambio de paradigma y de enfoque respecto a los AII, toda vez que, los mismos están sometidos a la primacía de la Constitución, a la protección de los derechos individuales, el respeto de la sociedad en conjunto y la valoración de estos ante la Corte Constitucional, es por esta razón, que se procede a la descripción de la normatividad constitucional y algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional con respecto de la incorporación de tratados internacionales, así como de los AII al ordenamiento jurídico interno.

Una de las principales características de la Constitución colombiana es el carácter automático del control de constitucionalidad de los tratados internacionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 241 en su numeral 10[288], estableciendo como primera instancia a la Corte Constitucional garantizar el principio de primacía de constitucional, quien definirá sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben.

En ese sentido el carácter automático está encaminado a brindar una seguridad jurídica con respecto de la suscripción del tratado, de tal forma que no es necesario que

---

[287] Cfr. RAMELLI, Alejandro, 2007. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia, Revista Derecho del Estado N.º 20, diciembre 2007, p.p 19-21. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/701/663

[288] Constitución Política de Colombia, 1991. **ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (…) **10.** Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.html#241

un ciudadano ejerza la acción de inconstitucionalidad para su revisión. Para dichos efectos el Gobierno deber remitir el texto a la Corte dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley.

Una segunda característica es que el mismo es un control previo, el cual corresponde a motivaciones de seguridad jurídica, por cuanto históricamente se generó traumatismo en las relaciones internacionales con la declaratoria de inexequibilidad del Tratado de Extradición suscrito en 1979 con Estados Unidos (aprobado mediante Ley 27 de 1980), debido a que previamente no existía certeza sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia al variar de una tesis de incompetencia absoluta, a una tesis temporal o indefinida, finalizando con la tesis de intemporalidad circunscrita a los aspectos formales de la ley.

En suma, la razón de ser de esta institución es prevenir la presentación de futuras demandas de inconstitucionalidad con respecto de los tratados y prevenir traumatismos con respecto de las relaciones internacionales, por cuanto se da una búsqueda de aspectos materiales o sustantivos, como formales de los tratados con respecto de la normatividad interna en el ámbito constitucional.

Seguidamente, el control se caracteriza por un examen material del tratado internacional, es decir, que se realiza sobre todos los instrumentos que lo integran, anexos y protocolos, así como sus enmiendas. En sentencia C – 176 de 1997 la Corte manifestaría que:

> "(…) las enmiendas están sometidas al mismo procedimiento de aprobación y control constitucional que los tratados, por lo cual la Corte, conforme al numeral 10 del artículo 241 superior, es competente para pronunciarse de manera automática y previa sobre las leyes que aprueban enmiendas a un tratado"[289].

En suma, se establece que cualquier modificación o alteración que se realice sobre el tratado, deberá surtir el mismo trámite interno de revisión de constitucionalidad.

Sobre la práctica del control de constitucionalidad de las leyes aprobatorias de los tratados internacionales, así como de los tratados mismos, se presentan dos tendencias, la primera de ellas sobre (i) fenómenos de expansión y contracción de las

[289] Corte Constitucional Colombiana, (1997), Sentencia C- 176. M.P. Martínez, Caballero, Alejandro. Disponible en https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-176-

competencias del Tribunal Constitucional, y la segunda sobre (ii) realización de controles de diversa intensidad, en función de la materia regulada[290].

Dentro de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se presentan dos fenómenos complementarios, el primero de ellos se presenta como una visión expansiva del control de constitucionalidad a merced de la aceptación del Congreso de la República, para formular reservas y declaraciones interpretativas a los tratados internacionales, y la otra, los jueces constitucionales que se han estimado incompetentes para conocer de ciertos instrumentos internacionales.

Al respecto de la ampliación de las competencias de la Corte sobre control de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, el artículo 217 de la Ley 5ª de 1992, otorgó al Congreso de la República facultades para formular reservas y declaración interpretativas a los tratados que fueran sometidos a aprobación, esta norma fue demandada por inconstitucionalidad, teniendo como sustento que la norma orgánica vulneraba el principio de separación de poderes, en tanto, esta facultad está en cabeza del presidente de la República, quien es el único que podía formular reservas e interpretaciones, y, además, la Constitución era clara en señalar que al Congreso le corresponde "aprobar o improbar los tratados internacionales de forma íntegra y no parcial".

En sentencia C-277 de 1993[291] la Corte Constitucional declara exequible la disposición acusada, argumentando que, nada obsta para que el Congreso no apruebe algunos artículos de un tratado internacional sometido a su consideración, por cuanto "quien puede lo más puede lo menos".

Una vez declarada exequible la facultad del Congreso de establecer reservas y declaraciones interpretativas a los tratados internacionales, la Corte ejerce control sobre un nuevo aspecto, en el sentido de examinar la conformidad de éstas con la Constitución, sin entrar a examinar motivos de conveniencia política. En este sentido, la Corte se ha considerado competente para evaluar la constitucionalidad de las reservas que realice el Congreso de los tratados suscritos, sin que esto implique establecer alteraciones al texto original del acuerdo.

---

[290] Cfr. RAMELLI, Alejandro, 2007. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia, Revista Derecho del Estado N.º 20, diciembre 2007, p.p 19-30. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/701/663

[291] Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-277 de 1993. M. P. Mejia, Arango, Jorge. Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/c-227-93.htm

De otra parte, existen motivos en los cuales los jueces se declaran incompetentes para conocer ciertos instrumentos internacionales, por considerar que no se está ante un tratado internacional. En algunos casos la Corte ha sido amplia, dando valor de tratado incluso a un intercambio de notas, en tanto, en otras ocasiones, los ha estimado como acuerdos de carácter administrativo acuerdos simplificados o "acuerdos interinstitucionales con agencias de gobiernos extranjeros", que tienen como característica principal el no generar obligaciones ex novo para el Estado colombiano, pudiendo prescindirse de entrar al trámite de aprobación de parte del Congreso y ponerse en vigor por el presidente, obviando la necesidad de un control de constitucionalidad, cuando el instrumento no contenga obligaciones nuevas y forme parte, como instrumento de ejecución de un tratado que haya cumplido los pasos esenciales del ordenamiento interno.

Así, la Corte no conocerá de declaraciones de enunciados políticos, de actos unilaterales del Estado colombiano o de acuerdos verbales, instrumentos que no están sometidos a la formalidad de la aprobación legislativa, la cual se aplica únicamente a los tratados propiamente dichos.

En conclusión, encontramos que para la Corte existen dos tipos de acuerdos, unos que no requieren su revisión, por tratarse de pronunciamientos propios de la función de la presidencia, sin que ellos impliquen adquisición de compromisos, en contraposición con aquellos que establezcan obligaciones de carácter internacional, los cuales deberán ser sometidos a la ratificación del Congreso seguido del control previo de constitucionalidad[292].

Finalmente, con respecto a la intensidad de los controles de constitucionalidad ejercidos por la Corte sobre los tratados internacionales varían en función de la materia regulada. Cuando se trata de instrumentos que traten sobre temas de cooperación en los ámbitos cultural, educativo y científico, el control ejercido por la Corte suele ser muy leve, en tanto, el control versa sobre las formalidades del tratado, (poderes para la negociación y celebración del tratado y trámite del proyecto de ley aprobatoria en el Congreso). De otra parte, encontramos tratados que regulan temas como la propiedad privada, acuerdos internacionales de inversión, derechos humanos, extradición,

[292] RAMELLI, Alejandro, 2007. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia, Revista Derecho del Estado N.º 20, diciembre 2007, p.p 19-30. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/701/663

narcotráfico, en los cuales el control de constitucionalidad es intenso, se realiza un análisis profundo de las temáticas[293].

Un ejemplo de un análisis profundo lo encontramos en la sentencia C-1058 de 2003[294], en la cual la Corte Constitucional no solo se encarga de la definición de la expresión "orden público" sino que detalla el alcance de esta con respecto a los extranjeros en contrapeso con el principio de igualdad, al respecto manifestara que:

> "(…) Si bien el derecho a la igualdad prohíbe discriminar contra los extranjeros, dicho derecho no opera de la misma manera para los nacionales y los extranjeros, pues éstos no tienen derechos políticos, salvo las excepciones constitucionales que llegue a desarrollar la ley, y sus derechos civiles pueden ver subordinados o negados por razones de orden público. Para efectos de preservar el derecho de igualdad debe precisarse si la limitación impuesta se inscribe en alguno de aquellos ámbitos en los que, por razones de orden público, pueden establecerse diferencias entre nacionales y extranjeros, tal como lo señala el artículo 100. De lo contrario, debe establecerse si la distinción establecida por el legislador es un trato razonable constitucionalmente, en virtud del artículo 13 y lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional"[295].

Encontrando en este tipo de preceptos o disposiciones judiciales una complejidad entendida en la multiplicidad de temáticas trasversales sobre las cuales la Corte toma su decisión y establece límites claros y definidos. En este sentido tenemos que el control de constitucionalidad realizado por la Corte es complejo y varía de acuerdo a las exigencias que le permita el acuerdo, iniciando con un análisis formal, como primera medida estableciendo si el tratado internacional es merecedor por su contenido de un análisis a la luz de la Constitución, seguido de un análisis de factor de competencia, determinado por los funcionarios que suscriben el acuerdo, siguiendo por un análisis material, en el cual se determina la complejidad de los mismos, siendo merecedores de mayor profundidad temáticas como los derechos ambientales, humanos y en el caso que nos compete los acuerdos internacionales de inversión.

---

[293] RAMELLI, Alejandro, 2007. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia, Revista Derecho del Estado N.º 20, diciembre 2007, p.p 19-21. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/701/663

[294] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2003. Sentencia C-1058/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1058-03.htm

[295] CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2003. Sentencia C-1058/2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Disponible en: https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1058-03.htm#:~:text=C%2D1058%2D03%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Son%20dos%20las%20revisiones%20que,la%20igualdad%20de%20un%20extranjero.&text=La%20jurisprudencia%20de%20la%20Corte,como%20l%C3%ADmite%20de%20los%20derechos.

5. Derecho interno vs Derecho internacional sobre protección de la inversión extranjera

Como principio básico se entiende que los tratados prevalecen en caso de conflicto entre disposiciones con el derecho interno, razón por la cual, se puede reconocer la compleja relación que surge a raíz de la suscripción de un acuerdo internacional. La primera tensión se presenta en tanto en los ordenamientos jurídicos internos, por regla general, los gobiernos cuentan con la facultad para adelantar dichos acuerdos, sin embargo, los mismos entran en contrapeso con la supremacía legislativa, o la supremacía constitucional. En este sentido, es claro que los resultados de los acuerdos celebrados por parte de los gobiernos con entidades internacionales pueden ser entorpecidos e invalidados en razón a los conflictos con el derecho interno del país que suscribe el acuerdo[296].

Ahora bien, con respecto a los acuerdos internacionales de inversión y la inversión protegida a nivel interno se ha dicho que es aquella que se hacía de conformidad con las leyes del Estado que la acoge (i) y, de buena fe (ii). En relación con el respeto del derecho local puede encontrarse una cláusula taxativa en el tratado o puede estar ausente[297], y en igual sentido el principio de buena fe que puede estar relacionado en los acuerdos, y también entendido como principio general de derecho internacional.

Un ejemplo de ello lo encontramos en el tratado bilateral de inversión (TBI) entre El Salvador y España que prevé en su artículo 3 dedicado a la Protección que: "cada parte contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas, conforme a su legislación, por los inversores de la otra parte contratante (…)"[298]; igualmente se encuentra en El TBI entre Colombia y Turquía (2014) en el artículo 2 – Ámbito de aplicación: "este acuerdo se aplicará a las inversiones efectuadas en el territorio de una parte contratante realizadas de conformidad con sus leyes y regulaciones nacionales por inversionistas de la otra parte contratante"[299].

---

[296] Cfr. BRIAN J. Arnold, 2015. Introducción a los Tratados Tributarios, p.p. 4 -7. Disponible en: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Sp.pdf

[297] Cfr. CORREA, Diana, 2017. LA NOCIÓN DE INVERSIÓN PROTEGIDA Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado que acoge la inversión, Disponible en: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-nocion-de-inversion-protegida-relaciones-entre-el-derecho-internacional-y-el-derecho-interno-del-estado-que-acoge-la-inversion/#_ftn4

[298] Tratado Bilateral de Inversión El Salvador – España, Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ELS_Spain_s.pdf

[299] Tratado Bilateral de Inversión Colombia – Turquía. Disponible en: http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/COL_TUR_s.pdf

Ahora bien, cuando el tratado guarda silencio con respecto la conformidad de la inversión extranjera al derecho local, no se puede entender que la misma se torna ilegal, o en sentido contrario, no se puede entender que lo ilegal se encuentra resguardado por el tratado, en tanto, existe un principio del derecho internacional que impediría dicha circunstancia, como lo recalcó el tribunal del ICSID en el caso Yaung Chi Oo vs. Myanmar "es una regla general bien conocida que para que una inversión extranjera sea protegida por un tratado, ésta debe ser legal bajo el derecho del Estado que la acoge"[300]. Siendo de esta forma como se suple la ausencia de una estipulación taxativa respecto de la legalidad o ilegalidad. En igual sentido, la cláusula de la nación más favorecida permite la importación de una disposición de derecho local a un tratado que no lo contenga y viceversa, como se observó en el caso Vanessa Venture vs. Venezuela, en donde el tribunal del ICSID, de forma sucinta, concluye que se da el beneficio de nación más favorecida a los inversionistas cuyas inversiones se hayan dado de conformidad con el derecho local[301].

Finalmente, desde una perspectiva funcional, se ha presentado a la inversión extranjera como un elemento fundamental para el desarrollo de los países que suscriben dichos tratados, sean estos Tratados de Libre Comercio o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, estableciendo de esta forma, en los acuerdos capítulos de inversiones como medio de atracción de inversión extranjera para obtener beneficios como la producción de empleo, la transferencia de nueva tecnología y capacitación hacia su territorio, el fortalecimiento de las conexiones con el Estado de origen de la inversión y los mercados internacionales, el robustecimiento de la industria nacional y mayores ingresos por concepto de los impuestos recaudados de los inversionistas[302].

Pese a las posturas optimistas con respecto de la inversión extranjera, dichos acuerdos han sido cuestionados, considerando la multiplicidad de demandas que los

---

[300] ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS (ASEAN) ARBITRAL TRIBUNAL: YAUNG CHI 00 TRADING PTE LTD. V. GOVERNMENT OF THE UNION OF MYANMAR (AWARD), 2003, YAUNG CHI 00 TRADING PTE LTD., v. GOVERNMENT OF THE UNION OF MYANMAR ASEAN I.D. Case No. ARB/Oll1 AWARD, p.p 13, *In this respect Article II goes beyond the general rule that for a foreign investment to enjoy treaty protection it must be lawful under the law of the host State*. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0909.pdf

[301] Caso Vanessa Ventures Ltd – República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: https://www.international-arbitration-attorney.com/es/vannessa-ventures-ltd-v-bolivarian-republic-venezuela/

[302] García Matamoros, L. V., "La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi), 2019, 12, pp. 85-120. Doi: dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569

países en desarrollo han tenido que enfrentar ante organismos internacionales. Al respecto, se debe precisar que Latinoamérica tiene el segundo lugar como región con más demandas ante el CIADI, tan solo en el año 2017 se tenían 53 casos registrados, y en junio de 2018 en el CIADI se registraron 26 nuevos casos[303]. Para el mes de junio 2020 conforme al *THE ICSID CASELOAD — STATISTICS ISSUE 2020-2*[304], en Latinoamérica se presentaron 13 demandas: una en contra de Argentina, dos contra Venezuela, cinco contra Perú y cinco en contra de Colombia. En razón a las demandas y condenas, países como Argentina se han retirado del CIADI, o han denunciado los acuerdos suscritos como es el caso de Ecuador con respecto a su TLC, así como Chile, quien anuncio la renegociación de los AII y un nuevo modelo de acuerdo[305].

En atención a lo precedente, es claro que, dado la gran proliferación de demandas a los países latinoamericanos, existen tensiones entre los acuerdos suscritos y los Estados, considerando que los mismos se encuentran en la imposibilidad de dar cumplimiento a lo pactado, por cuanto se entra en conflicto con lo regulado internamente y las capacidades de los países en desarrollo, frente a las grandes potencias que imponen sus modelos de negociación conforme a sus intereses.

5.1. La cláusula Calvo

El antecedente de la creación de la doctrina calvo se da inicios del siglo XIX, a partir de la denominada diplomacia de los cañones, es decir, la resolución de controversias por medio de la fuerza, en donde los países con potencia militar, en su gran mayoría países europeos, hostigaban a países más débiles, en su mayoría latinoamericanos, con la finalidad de proteger intereses privados de sus nacionales en América latina[306].

---

[303] Cfr. GARCÍA MATAMOROS, L. V., "La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi), 2019, 12, pp. 85-120. Doi: dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569

[304] CASELOAD — STATISTICS ISSUE 2020-2, pp. 35, en https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf

[305] Cfr. GARCÍA, MATAMOROS, L. V., 2019. "La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi), 12, pp. 85-120. Doi: dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569

[306] Cfr. PRIETO, G. (2012). Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable, FORO Revista de Derecho, No. 17, UASB. Quito, Ecuador, p.p. 12 -13. Disponible en: https://www.academia.edu/6832220/Evoluci%C3%B3n_Del_Derecho_Internacional_De_Inversiones_Hacia_Un_R%C3%A9gimen_Global_Estable_The_Evolution_Of_International_Investment_Law_Remarks_Towards_A_Stable_Global_Regime_

Para 1868, los países latinoamericanos se caracterizaban por su marcada inestabilidad y la falta de gobiernos verdaderamente democráticos, la inestabilidad dada por guerras civiles, revoluciones repentinas y cambios de gobierno. Igualmente, la soberanía no podía seguir su curso natural debido a las injerencias extranjeras debido a las reclamaciones diplomáticas de los inversores europeos y norteamericanos, respaldándose en la diplomacia de cañones, que garantizaba el derecho de inversión sin ninguna restricción. Emmerich de Vattel, sostenía que una ofensa a un ciudadano extranjero era una ofensa también al Estado al cual pertenecía, teniendo el Estado derecho a obtener justicia en la forma que le pareciera incluida la fuerza.

Ese contexto internacional de la época sirvió para intervenciones injustificadas y arbitrarias o como *causus belli* para una intervención militar y es en ese marco histórico donde aparece la doctrina Calvo, como un medio para restringir o eliminar el peligro de las intervenciones extranjeras, constituyéndose en el límite y salvaguarda que encontraron los Estados latinoamericanos frentes a las constantes amenazas europeas[307].

Es en ese momento, cuando surge la doctrina expuesta por el diplomático argentino Carlos Calvo, mediante la cual se busca nacionalizar la relación jurídica con el extranjero a partir de dos postulados, el primero de ellos que versa: "la responsabilidad de los gobiernos frente a extranjeros no puede ser mayor de aquella que estos gobiernos tienen frente a sus propios ciudadanos"; y el segundo postulado determina que "cualquier disputa que se genere con un extranjero debe ser resuelta por las cortes locales del país anfitrión, promulgando nuevamente la igualdad entre nacionales y extranjeros"[308].

El desarrollo de la doctrina Calvo se fundamenta en las siguientes proposiciones: 1) La igualdad, la soberanía y la independencia son los derechos primordiales de los Estados, 2) los Estados, estando en igualdad de condiciones, soberanos e independientes, tienen derecho a la no injerencia de otros Estados; y, 3) los extranjeros tienen que cumplir con la legislación local del Estado en que residen sin necesidad de

[307] TAMBURINI, F. 2002. HISTORIA Y DESTINO DE LA "DOCTRINA CALVO": ¿ACTUALIDAD U OBSOLESCENCIA DEL PENSAMIENTO DE CARLOS CALVO?. Revista de estudios histórico-jurídicos, (24), 81-101. Valparaiso, Chile. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005

[308] PRIETO, Gustavo, 2012. Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable, FORO Revista de Derecho, No. 17, UASB. Quito, Ecuador. pp. 12 -13. Disponible en: https://www.academia.edu/6832220/Evoluci%C3%B3n_Del_Derecho_Internacional_De_Inversiones_Hacia_Un_R%C3%A9gimen_Global_Estable_The_Evolution_Of_International_Investment_Law_Remarks_Towards_A_Stable_Global_Regime_

invocar la protección diplomática de sus gobiernos en el proceso de reclamaciones derivadas de contratos, insurrección, guerra civil o violencia civil[309]

Cabe resaltar que, existen dos figuras diferentes, la primera de ellas es la doctrina Calvo, y la segunda la cláusula Calvo, siendo esta última la materialización en el pacto de la doctrina. Donald Sea, citado por Tamburini, citado por Castillo Argañarás: "la cláusula Calvo es muy distinta de la doctrina Calvo, por ser la primera un pacto que el ciudadano extranjero ha suscrito voluntaria y libremente, a diferencia de la doctrina que básicamente alude a un acto unilateral". Al respecto, Francesco Tamburini concluye que son "dos conceptos distintos (…) aunque generados sobre los mismos pilares teóricos".

Ahora bien, surge la duda sobre: ¿cuál es hoy en día la práctica y real situación de la doctrina y de la cláusula Calvo?, frente a lo cual debe decirse que siendo en un inicio la cláusula Calvo el medio de defensa de los países sudamericanos, dichas disposiciones dejaron de ser pactadas por los Estados para evitar ser excluidos de los flujos de capital del sistema de globalización, lo cual produjo el abandono lento de dicha doctrina.

Algunas constituciones ofrecen excepciones a los preceptos de Calvo, permitiendo laudos arbitrales internacionales, como lo son, la Constitución Política del Perú que en su artículo -63, inciso tercero señala: "El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley"[310].

Sin embargo, la creación de convenciones y organismos internacionales para la solución de las controversias ha quitado sentido a la lucha entre adversarios y sostenedores de la doctrina Calvo, ello en parte debido a que en la década de los ochenta se dieron grandes reformas económicas que sucedieron conjuntamente con el proceso de liberación del comercio exterior en los Estados latinoamericanos, lo que generó como resultado una liberación del régimen de inversiones extranjeras a través del otorgamiento del trato nacional, eliminación de la mayor parte de las restricciones a las

[309]CASTILLO, L. F., 2012. La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo. Argentina. Disponible en: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/la-proteccion-de-las-inversiones-extranjeras-y-la-vigencia-de-la-clausula-calvo

[310] Constitución Política del Perú. Disponible en: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf

remesas de capital y finalmente al estudio de nuevas formas de solución pacificas de diferencias[311].

Históricamente hablando, en los Estados de América Latina se observa la inserción de la cláusula Calvo en los contratos de concesión con extranjeros para que estos renuncien a buscar la protección diplomática de su propio Estado y que el conflicto sea dirimido por la jurisdicción nacional. Brownlie citado por Castillo, sostiene que los juristas, así como los gobiernos han negado la validez de la cláusula, sin embargo, los tribunales internacionales desde 1926 han comenzado a aceptarlas, agregando que "el efecto práctico de la cláusula Calvo en arbitraje ha sido prevenir que las controversias contractuales sean objeto de protección diplomática o procesos entre estados en ausencia de denegación de justicia"[312].

En 1965, se adopta el convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, creando un mecanismo arbitral. En el preámbulo del convenio se "teniendo en cuenta la posibilidad de que a veces surjan diferencias entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes en relación con tales inversiones" y "reconociendo que aun cuando tales diferencias se someten corrientemente a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución"[313].

Adicionalmente, el artículo 26 del citado convenio establece que:

> "(…) salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio".

Al respecto podemos encontrar una materialización del precitado artículo en el punto número 10.12 del capítulo de inversión del Acuerdo suscrito entre Colombia e Israel, en el cual se expresa que "Para someter una reclamación a arbitraje de acuerdo

---

[311] TAMBURINI, F. 2002. Historia y destino de la "Doctrina Calvo": ¿Actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?. Rev. estud. hist.-juríd, Valparaíso, Chile, ., No.. 24, p.p. 81-101. Disponible en <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0716-54552002002400005&lng=es&nrm=iso>.

[312] CASTILLO, Luis F, 2012. La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo. Argentina. Disponible en: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/la-proteccion-de-las-inversiones-extranjeras-y-la-vigencia-de-la-clausula-calvo

[313] Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 1965. Washington. Disponible en: https://www.dipublico.org/104816/convenio-sobre-arreglo-de-diferencias-relativas-a-inversiones-entre-estados-y-nacionales-de-otros-estados-washington-1965/

con el mecanismo previsto en este Articulo será indispensable agotar previamente los recursos administrativos no judiciales locales".[314]

En la actualidad podemos encontrar una materialización de la doctrina Calvo en el artículo 27 de la convención de CIADI el cual reza que:

> "(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo".[315].

Esta convención fue ratificada por Colombia el 29 de enero de 1996, mediante la Ley 267.

Al respecto Tamburini, citado por Castillo, sostiene que "(…) este artículo inserta algo parecido a una cláusula Calvo, es decir que los Estados miembros renuncien a emplear la protección diplomática para solucionar los conflictos usando exclusivamente los mecanismos propuestos por el CIADI"[316]. Adicionando que:

> "(…) este artículo alejó por muchos años a los Estados sudamericanos de la adhesión al tratado del CIADI por entrar éste en conflicto con las piedras angulares de las verdaderas clausulas Calvo (prohibición de la intervención diplomática a favor únicamente de la jurisdicción local) y muy a menudo se habló del fracaso del CIADI en América del Sur".

Finalizando lo señalado, casi todos los países sudamericanos ratificaron la Convención del CIADI con algunas pocas excepciones como Brasil, México y Guatemala[317].

En conclusión, la cláusula Calvo desde la apertura económica iniciada en los ochenta se ha visto opacada por la entrada en vigencia de acuerdos internacionales, y la aparición de tribunales internacionales, perdiendo su efectividad, en tanto, si bien contractualmente los Estados Latinoamericanos se han inclinado por este tipo de mecanismo de solución de conflictos, no obstante, existen rezagos de dicha doctrina, los

---

[314] Tratado de libre comercio entre la Republica de Colombia y el Estado de Israel, punto 10.12. pp. 232. Disponible en: http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/424D9_ISRAEL_B-TRATADODELIBRECOMERCIO2013-TEXTO.PDF

[315] CONVENIO CIADI, REGLAMENTO Y REGLAS, 1818. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Washington, D.C. 20433, EE.UU. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf

[316] CASTILLO, L. F, 2012. La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo. Argentina. Disponible en: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/la-proteccion-de-las-inversiones-extranjeras-y-la-vigencia-de-la-clausula-calvo

[317] CASTILLO, L. F, 2012. La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo. Argentina. Disponible en: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/la-proteccion-de-las-inversiones-extranjeras-y-la-vigencia-de-la-clausula-calvo

cuales aún podemos encontrar en los disposiciones referidas a inversiones, un ejemplo de ello es el capítulo de inversión del TLC Colombia – Israel, en el cual se establece una limitación al derecho internacional, cual es acudir primeramente al derecho nativo para la solución del conflicto.

5.2. Las cláusulas paraguas

Como primer referente de la incorporación de las cláusulas paraguas en los capítulos de inversión de los TLC y en los AII, encontramos la disposición de "treaty to confer the protection of international law on domestic legal rights" suscrita entre Perú y Reino Unido en 1921[318], en la que por primera vez se protegían obligaciones contractuales a través de un instrumento internacional, en el cual permitía activar la competencia de un tribunal de arbitramento internacional como medio para dirimir conflictos con ocasión de la ejecución de contratos mineros que contenían inversión inglesa en territorio inca.

La tradición constitucional de Perú contenía una clara prohibición para dirimir conflictos internos en centros de arbitramento internacional, razón por la cual los conflictos se dirimirían con la norma interna. En ese sentido, y considerando la prohibición, el gobierno peruano de ese entonces, suscribe de manera atípica un protocolo con el Reino Unido, cuyo propósito era la protección de su inversión en territorio inca. Suscrito el protocolo, se esperaba que quien solucionara las controversias fuese el tribunal de justicia de la Haya, sin embargo, se modificó el pacto y el encargado sería un tribunal de justicia ad hoc, la principal motivación de los ingleses a suscribir dicho acuerdo obedeció a que en la región se venía dando una creciente política de nacionalización de los recursos naturales, en sectores como el de los hidrocarburos, en donde se encontraban asentadas sus inversiones, y tampoco se contemplaba la idea de que los tribunales nativos resolvieran el conflicto, siendo la creación de un tribunal externo quien asumiera dicha responsabilidad[319].

El segundo referente, lo encontramos entre el TBI suscrito entre Irán y Reino Unido en 1951, en este tratado se celebró un contrato de concesión de explotación

[318] SUÁREZ, Leyre, 2012. La cláusula paraguas bajo el derecho de las inversiones como mecanismo de integración y generación de un derecho administrativo global. Universidad San Francisco de Quito, Quito, p. 19. Disponible en: https://docplayer.es/90882599-La-clausula-paraguas-bajo-el-derecho-de-las-inversiones-como-mecanismo-de-integracion-y-generacion-de-un-derecho-administrativo-global.html

[319] FALKONERTH, Juan Guillermo, 2019. Inconveniencia de incluir o mantener la cláusula paraguas en los AII y TLC con capítulos de inversión de Colombia, pp 19-22. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/2839/1/GFAAA-spa-2019 Inconveniencia_de_incluir_o_mantener_la_clausula_paraguas_en_los_AII_y_TLC_con_capitulos

minera entre la compañía Petrolera Anglo Irani – AIO y el gobierno de Irán, este último decide establecer una política de nacionalización de hidrocarburos, lo que significó la puesta en peligro del contrato de concesión, en razón a estos acontecimientos en 1954 se suscribe un acuerdo que se anexo al TBI para la protección de incumplimientos contractuales de la inversión extranjera proveniente del Reino Unido conociéndose la primera cláusula paraguas. En el anexo se plasmó la posibilidad de que, ante un incumplimiento contractual por parte del Estado anfitrión, referente a la inversión, la compañía portadora de la concesión podría acudir al arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias o hacer que el Reino Unido elevara la disputa ante la Corte Internacional de Justicia, sin la posibilidad de que dicho conflicto fuese resuelto través del derecho doméstico[320].

Un tercer referente histórico, lo encontramos en el TBI suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959, en el cual se establecía que: "ambas partes deberán observar cualquier otra obligación, que se hayan comprometido con respecto a las inversiones de nacionales o compañías de la otra parte", siendo este el antecedente más claro que se tiene de la cláusula paraguas en un acuerdo internacional y que hoy, conserva en gran medida sus mismas características[321].

Así las cosas, una vez establecido el referente histórico resulta pertinente hacer mención a la concepción doctrinal de la figura en estudio, iniciando por determinar que el término "paraguas" se lo aqueja al autor Ignaz Seidl-Hohenveldern, en los años 60, el mismo comenzó a entenderse como "protección de un paraguas" para comprender la metáfora es necesario imaginar a la inversión (bajo el TBI, contratos, acuerdos particulares, etc.) como una persona bajo la lluvia, en este sentido la cláusula paraguas, es accionar una sombrilla (estándares y resolución de controversias del TBI) que cubra de cualquier gota de agua (incumplimiento de cualquier naturaleza) a la persona (inversión), a partir de esta analogía, la doctrina ha establecido distintas maneras para determinar la utilidad, relevancia y definición de la cláusula paraguas. Las diversas opiniones sobre esta disposición resultan generalizadas, sin embargo, una nueva

[320] FALKONERTH, Rozo, Juan Guillermo, (2019), Inconveniencia de incluir o mantener la cláusula paraguas en los AII y TLC con capítulos de inversión de Colombia, pp 19-22. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/2839/1/GFAAA-spa-2019-Inconveniencia_de_incluir_o_mantener_la_clausula_paraguas_en_los_AII_y_TLC_con_capitulos

[321] FALKONERTH, Rozo, Juan Guillermo, (2019), Inconveniencia de incluir o mantener la cláusula paraguas en los AII y TLC con capítulos de inversión de Colombia, pp 19-22. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/2839/1/GFAAA-spa-2019-Inconveniencia_de_incluir_o_mantener_la_clausula_paraguas_en_los_AII_y_TLC_con_capitulos

corriente sugiere limitaciones desde un ámbito conceptual, plasmadas posteriormente en interpretaciones arbitrales[322].

Ahora bien, se habla de 4 grandes grupos de cláusulas paraguas a saber:

i) **Cláusula Paraguas Aparentemente Restrictivas:** tienen como elementos: la reducción de la protección ratione materia y la protección basada en el contrato; la primera de ellas hace referencia a la exclusión de los contratos comerciales y únicamente la inclusión de contratos relacionados a la inversión de gran escala. Lo anterior se encuentra relacionado con el segundo elemento, pues el TBI impondrá la obligación de respetar las obligaciones contraídas con la inversionista, sin embargo, restringe la posibilidad de elevar las controversias a instancia de arbitraje internacional. Lo que quiere decir que los contratos seguirán lo pactado concretamente en cada uno y el efecto paraguas no se da (Lanco c. Argentina, 1998)[323].

ii) **Cláusula Paraguas Estándares:** Estos nacen de la primera cláusula formalmente incluida en un TBI, buscan a través de su redacción proteger obligaciones entre el Estado y el inversionista, como ejemplo tenemos el Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Argentina, que en su artículo II manifiesta que: "cada parte observará cualquier obligación que haya contraído con respecto a las inversiones"[324].

iii) **Cláusula Paraguas Restrictivas:** Es aquella que limita las cláusulas paraguas a los incumplimientos de contrato cometidos por el Estado receptor en el ejercicio de la autoridad soberana (Crawford, Treaty and Contract in Investment Arbitration, 2008). En este sentido, acepta el efecto de proteger obligación y disputas contractuales, solo aquellas que resulten de una actividad directa del poder de parte del Estado[325].

---

[322] DURÁN, F. (2020) "Análisis del Estándar de Protección derivado de la aplicación y ejecución de cláusulas paraguas en el Derecho Internacional de Inversiones: Problemas jurisdiccionales y posibles soluciones." Universidad de los Hemisferios 2020, pp. 8–68. Quito, Ecuador. Disponible en: www.jstor.org/stable/1066808. Accessed 2 May 2021.

[323] DURÁN, F. (2020) "Análisis del Estándar de Protección derivado de la aplicación y ejecución de cláusulas paraguas en el Derecho Internacional de Inversiones: Problemas jurisdiccionales y posibles soluciones." Universidad de los Hemisferios 2020, pp. 8–68. Quito, Ecuador. Disponible en: www.jstor.org/stable/1066808. Accessed 2 May 2021.

[324] Ibid.

[325] Ibid.

iv) **Cláusulas Paraguas Extremadamente Abiertas:** nacen como una contrapropuesta a las interpretaciones arbitrales restrictivas (S.G.S c. Pakistán, 2003), tienen como principal elemento la inclusión infinita de cumplimiento de promesas obligacionales, no determinan que obligaciones se incluyen o en que escenario surgirá el efecto de la disposición paraguas, sino una protección tan amplia en forma de "promesas".

En conclusión, podemos establecer que existen varios tipos de cláusulas paraguas y que las mismas se desarrollan de forma distinta dentro del AII, puesto que deben ser entendidas a partir de su intención, que no es más que brindar mecanismos a los inversores para proteger su capital frente a las políticas de los Estados receptores de la inversión.

6. Los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por otros Estados de la región

A raíz de la crisis económica vivida por la región latinoamericana en los ochenta, las determinaciones del Consenso de Washington con respecto a la liberación de los mercados capitales, la aplicación de políticas de ajustes y reformas auspiciadas por los principales organismos financieros internacionales como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo y el crecimiento de los flujos mundiales de inversión extranjera a partir de la década de los noventa, los países latinoamericanos abandonaron las políticas ordenadoras y reguladoras de la IED, sustituyendo dichas políticas por políticas liberales para la atracción de inversión IED bajo la concepción de que estas significan crecimiento económico.

En este mismo momento histórico tuvo lugar la modificación de los marcos regulatorios internos, y en general la toma de todas las actuaciones necesarias para embarcar a las naciones en la suscripción de AII, convenios para evitar la doble imposición y más recientemente la suscripción de TLCs que incorporan regímenes de inversiones, dándose inició a la adopción y aplicación del esquema bilateral de los tratados de inversión y al mismo tiempo la adición al CIADI[326].

[326] MAMAANI, W. A., 2012. La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos. p.p. 552 – 559. Disponible en: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S187046541371050X?token=96E439E8B1B57D628C81C5111B2AB8D0AA669EA580BEE5EC3C4A6516D02A7B9447F71C78528ADD082A9B4AC50D601D6D&originRegion=us-east-1&originCreation=20210503011815

En este contexto, se dio inicio a la liberación de los regímenes de IED de los Estados latinoamericanos, lo cual significó el cambio de paradigma con respecto al tratamiento de dichas inversiones, pasando de Estados activamente restrictivos a Estados pasivamente permisivos en su actuar, en este aparte del trabajo de investigación el análisis se centra en destacar los aspectos más relevantes y el desarrollo surtido con relación a la suscripción de AII de algunos de los Estados de la región latinoamericana.

Cabe anotar, que dentro de la región se han presentado dos tendencias, una liderada por países como Chile y Colombia, caracterizada por un proceso de aprendizaje y apertura de mercados, con políticas claramente encaminadas a establecer garantías para la IED, en contraposición, con países como Ecuador y Bolivia, quienes pese a tener una etapa de apertura, a la presente fecha han tomado un camino opuesto, tendiente a la restricción de dichos acuerdos, llegando a tomar medidas como la salida del CIADI o incluso a demandar acuerdos previamente suscritos.

6.1. Chile

Chile es considerado como uno de los pioneros en apertura económica en la región latinoamericana, y una muestra clara de ello es que es uno de los países con mayor cantidad de AII suscritos, razón por la cual a continuación nos ocuparemos de destacar algunas características más importantes de los tratados de inversión suscritos por este Estado.

En primer lugar, resulta pertinente indicar que siendo uno de los países que más le ha apostado a la apertura económica, la mayoría de los AII chilenos fueron suscritos en los noventa, destacándose por ser los más tradicionales, dentro de estos AII encontramos el suscrito entre Chile y Noruega, el cual representa la tendencia de esta época, este tratado, en el artículo 1 en el numeral 2 establece que:

> "Inversión significa toda clase de bienes, siempre y cuando la inversión se haya efectuado en conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante e incluirá, en particular, pero no en forma exclusiva:
>
> a) bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos de propiedad tales como hipotecas, gravámenes o prenda;
>
> b) acciones, debentures o cualesquiera otras formas de participación en compañías;
>
> c) derechos sobre dinero o cualquier prestación que tenga un valor económico;
>
> d) derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, procesos y conocimientos técnicos y derechos de llave;

e) concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para explorar, extraer o explotar recursos naturales."[327]

En esta etapa, llama la atención que la conceptualización es similar con la establecida en los AII suscritos por Colombia, caracterizándose por ser una fase experimental en la cual los tratados suscritos no contaban con un nivel de detalle minucioso de las figuras contenidas en los tratados de inversión recientemente negociados.

Los AII contienen disposiciones que se distinguen por una protección amplia, extendiendo está a todo tipo de bien, estos acuerdos no tienen una caracterización del concepto, y siguen una enumeración clásica, incluyendo adicionalmente dentro de la numeración "derechos sobre dinero y cualquier prestación que tenga valor económico", siendo esta una definición extensiva y bastante amplia, en tanto, dependerá de que de ella se desprenda un valor económico.

La ambigüedad antes citada, implico la inclusión dentro del término inversión de operaciones contractuales singulares, que están lejos de la intencionalidad del término. En el caso Salini e Italstrate v. El Reino de Marruecos se consideró como inversión a un contrato de construcción civil de cartera debido a que el artículo Nº 1 del APPI Italia-Marruecos incluía una disposición del tipo "cualquier derecho de naturaleza económica" y, porque el contrato había creado beneficios contractuales de naturaleza económica. Estas ambigüedades presentadas en el texto de los AII que dan lugar a la indeterminación de las figuras se prestan para interpretaciones ajenas a los intereses de los Estados, quedando a discreción del órgano competente encargado de dirimir la disputa[328].

Al respecto, se observa que Chile presenta los mismos inconvenientes que en su momento tuvo Colombia, en consideración a la ambigüedad en la terminología empleada en el texto de los AII, los cuales dieron lugar a afrontar litigios ante tribunales internacionales. Cabe anotar, que Colombia aprendió de la experiencia adquirida con EE.UU. Chile hizo lo propio, en tanto, con la suscripción del TLC suscrito con el país del norte subsano dichos yerros, limitando la terminología y el alcance de los términos empleados en los textos de los AII, como se puede observar en el artículo 10.27 de dicho tratado, el cual en el punto 10.27 realiza la siguiente definición del término inversión:

---

[327] ARRESE, D., (2009), Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión. pp. 18 -23. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106982/de-arrese_d.pdf?sequence=3&isAllowed=y
[328] Ibid.

"inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo".

El tratado igualmente limita la terminología a partir de pies de página, ejemplo:

"El hecho de que un derecho particular conferido de acuerdo con la legislación interna, como el mencionado en el subpárrafo (g), tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación interna de la Parte. Entre los derechos que no tienen las características de una inversión están aquéllos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicho derecho tenga las características de una inversión."

De los apartes antes transcritos sobre el término inversión se evidencia una clara intención de dejar en el ámbito nacional, la calificación de aquello que se considera como inversión para efectos del tratado[329].

Del mismo modo, se observa en los capítulos de inversión de los TLCs suscritos por Chile que la tendencia actual es a ir incorporando definiciones exactas que no se presten para la ambigüedad, un ejemplo de ello es el TLC es el de Chile – Corea, el cual en el artículo 10.1, establece:

"(…) pero inversión no significa: (i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: (i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte; o (ii) el otorgamiento de un crédito en relación con una transacción comercial, como por ejemplo el financiamiento al comercio; y (j) una resolución dictada en un procedimiento judicial o administrativo…[330]"

Realizando una leve comparación, podemos establecer que al igual que Colombia la experiencia Chilena con respecto a los textos contenidos en los AII suscritos, ha sido progresiva, con una clara influencia de las políticas adoptadas sobre la materia y que han estado encaminadas a la suscripción de este tipo de acuerdo para atraer mayores flujos de IED, distinguiéndose en Suramérica por ser los Estados que más han apostado a la incorporación de patrimonio extranjero en sus economías, como participes activos en las relaciones internacionales, con una búsqueda constante de mercados e inversionistas.

[329] Ibid.
[330] Ibid.

A manera de conclusión y desde una perspectiva pragmática, se puede establecer una paralelo, por cuando los dos países iniciaron con una etapa exploratoria y tímida, en la cual los acuerdos suscritos por estos países presentaban características genéricas y poco detalladas que implicaron la ambigüedad del contenido de estas, seguida de una etapa de aprendizaje a partir de la suscripción de AII con países de mayor capacidad económica, que implico un gran innovación frente al desarrollo de estos acuerdos, en tanto, en esta etapa se pretendió una concretización más exacta de la terminología empleada en los AII, a partir de modelos impuesto por dichas potencias.

6.2. Bolivia y Ecuador

En contraposición a la apuesta de Colombia o Chile por la suscripción de AII de manera abierta y decidida, encontramos Estados como Bolivia y Ecuador que han hecho públicas sus reservas frente a los beneficios derivados de la suscripción de estos tratados de inversión en la atracción de IED para sus economías.

Tanto Ecuador como Bolivia, consideran que los riesgos son superiores a los beneficios derivados de los AII, por lo que han decidido recurrir a un proceso de desarrollo de nuevos modelos de AII, para lo cual han activado la adopción de textos constitucionales que redefinieron sus procesos, sustentando su accionar en la adopción de estrategias de desarrollo y la incorporación de nuevos actores políticos, teniendo como resultado en la decisión de renegociación o terminación de AII.

Como lo sostiene MAMANI la reacción a los riesgos sufridos por estos países frente a las decisiones del sistema de arbitraje internacional para la solución de controversias internacionales entre extranjeros y Estado, se ha manifestado en el retiro por parte de estos Estados del principal mecanismo de solución de diferencias CIADI[331].

De otra parte, el Estado Boliviano ha implementado un proceso de renegociación de los AII, y en su defecto, ha optado por denunciar los AII, amparado en la disposición transitoria novena de la Constitución Política del Estado. Bolivia renegoció el Acuerdo de Complementación Económica (ACE) suscrito con México, excluyendo entre otros el ámbito de las inversiones y aunque siguió otros procesos de renegociación,

[331] MAMANI, W. A., 2012. La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos. p.p. 567 – 575. Disponible en: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S187046541371050X?token=96E439E8B1B57D628C81C5111B2AB8D0AA669EA580BEE5EC3C4A6516D02A7B9447F71C78528ADD082A9B4AC50D601D6D&originRegion=us-east-1&originCreation=20210503011815

extraoficialmente se tiene conocimiento de la denuncia de los AII con Corea, Suiza, Países Bajos y Cuba.

En relación con la denuncia de AII, Ecuador ha sido más severo, en tanto, en 2008 decidió denunciar nueve tratados bilaterales: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay; en el 2009 el presidente Correa, amparado en el nuevo texto constitucional, solicitó a la Asamblea Nacional aprobar la denuncia de los siguientes trece AII: Finlandia, Suecia, Canadá, China, Países Bajos, Alemania, Francia, Reino Unido, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos, entre otras argumentando que son perjudiciales a los intereses nacionales y contrarios al artículo 422 Constitucional, que impide el acceso a instancias de arbitraje internacional en determinadas circunstancias.

No obstante, el organismo legislativo del Ecuador advirtió que no se cumplía el requisito del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad, establecido en el artículo 138, numeral 3, CPE y 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y solicitó al ejecutivo requerir previamente a la Corte Constitucional para que expidiera los dictámenes, los cuales fueron solicitados por el ejecutivo, obteniendo dictámenes favorables para la denuncia de los AII suscritos con fundamento en el artículo 422 de la Constitución Ecuatoriana.[332].

Posteriormente, reitero las solicitudes de aprobación de denuncias ante la Asamblea Nacional, siendo aprobadas en el año 2012 las denuncias de los AII con Reino Unido y Alemania, con Finlandia, Suecia y Francia. En este sentido, se destaca una posición más radical de Ecuador, en tanto, procedió de manera directa a la denuncia de dichos acuerdos y no optó por la renegociación[333].

Frente a las denuncias ante el CIADI, Bolivia se retiró el 2 de mayo de 2007 de dicho organismo, retiro que entró en vigor el 3 de noviembre de 2007, mientras Ecuador

---

[332] Todos los dictámenes emitidos han sido favorables para la denuncia de dichos tratados: Alemania: dictamen núm. 023-10-DTI-CC (junio de 2010); Canadá: dictamen núm. 035-10-DTI-CC (octubre de 2010); Chile: dictamen núm. 038-10-DTI-CC (noviembre de 2010); China: dictamen núm. 027-10-DTI-CC (Julio de 2010); Finlandia: dictamen núm. 026-10-DTI-CC (Julio de 2010); Francia: dictamen núm. 031-10-DTI-CC, (septiembre de 2010); Países Bajos: dictamen núm. 030-10-DTI-CC (septiembre de 2010); Reino Unido: dictamen núm. 020-10-DTI-CC (junio de 2010); Suecia: dictamen núm. 029-10-DTI-CC (septiembre de 2010); Suiza dictamen núm. 040-10-DTI-CC, (noviembre de 2010), Venezuela: dictamen núm. 041-10-DTI-CC (noviembre de 2010); Estados Unidos: dictamen núm. 043-10-DTI-CC (noviembre de 2010); no se tiene datos sobre el dictamen de Argentina.

[333] MAMANI, W. A., 2012. La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos. p.p. 567 – 575. Disponible en: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S187046541371050X?token=96E439E8B1B57D628C81C5111B2AB8D0AA669EA580BEE5EC3C4A6516D02A7B9447F71C78528ADD082A9B4AC50D601D6D&originRegion=us-east-1&originCreation=20210503011815

se retiró del CIADI el 6 de julio de 2009, produciendo efectos el 7 de enero de 2010. Cabe aclarar, que Ecuador en 2007 notifico la exclusión de su consentimiento de aplicación de la Convención de CIADI a las disputas sobre recursos naturales[334].

Una de las principales razones por las cuales se han presentado dichas tensiones entre estos países y la comunidad internacional, radica principalmente en la incompatibilidad entre sus Constituciones y el dispositivo que motiva la suscripción de AII, es decir, la relacionada con el sistema de solución de controversias. Las constituciones tanto de Ecuador como de Bolivia no admiten el arbitraje internacional para la solución de conflictos entre el Estado y el inversor, en materia de hidrocarburos en el caso de Bolivia y en ámbitos de "controversias contractuales o de índole comercial" para el caso del Ecuador, salvo instancias regionales[335].

Así las cosas, una diferencia importante con respecto a los otros países de la región latinoamericana, es que tanto Ecuador y Bolivia, se apartaron del paradigma predominante de apertura económica y de negociación de AII para la atracción de IED, optando por restringir la injerencia internacional en sus territorios y por un mayor proteccionismo de sus intereses.

En este orden de ideas, establecidas las particularidades frente a la suscripción de AII de los Estados de Colombia, Chile, Bolivia y Ecuador, se pueden desatacar dos tendencias, una de ellas encabezada por los dos primeros países relacionados, en la cual se evidencia una política pública permisiva, acorde con las exigencias internacionales, de apertura de mercados, y la búsqueda de incorporación de IED a la economía, lo que ha implicado el ajuste del derecho interno a las exigencias de la comunidad internacional, destacando que dicho ajuste se ha realizado de forma gradual conforme a la experiencia que han adquirido, no obstante, y pese a que se han encontrado dificultades, la política de estos se ha mantenido realizado ajustes a los textos de los acuerdos y a las políticas, y permanece encaminada a la apertura económica y a la búsqueda de inversores extranjeros con el objetivo de mejorar la economía local.

En contraposición con esta tendencia, se encuentran países como Ecuador y Bolivia, que basados en la experiencia han optado por la restricción del manejo de las políticas de inversión extranjera, tal es así, que a diferencia de Colombia y Chile, desde una perspectiva constitucional decidieron separarse de organismos internacionales como el CIADI, replanteando su política frente a la suscripción de AII, prefiriendo la

[334] Ibid.
[335] Ibid.

renegociación de acuerdos y denuncia de los mismos, motivados por la protección de los intereses internos sobre los internacionales.

CAPÍTULO III: REGLAS PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Este capítulo del trabajo de investigación está dedicado al que quizás para muchos constituye el aspecto más controversial de los AII, es decir, la interpretación de estos, así como los medios para la solución de controversias en razón de los mismos, para lo cual se hará referencia a las reglas establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, al acuerdo mutuo como mecanismo de interpretación y solución de controversias y en especial al arbitraje internacional de inversión.

Con el surgimiento de los AII los inversionistas extranjeros lograron demandar a los Estados receptores de la inversión de manera directa ante una jurisdicción de carácter internacional, y si bien nadie desconoce que el arbitraje internacional de inversión ha realizado un aporte invaluable en la solución de un número significativo de controversias internacionales de inversión, los laudos de los tribunales arbitrales no están exentos de críticas como lo detallaremos en este acápite del trabajo de investigación, para lo cual se analizaran algunos de los casos más relevantes que involucran AII negociados por Estados de la región latinoamericana y en relación con los cuales el CIADI ha proferido laudos arbitrales.

Para ello, se realizará una conceptualización de la interpretación efectuando la recopilación normativa, detallando los principales aspectos que regulan dicha acción, y, como son tomados por los organismos de jurisdicción internacional. Así mismo, se detallará la interpretación que se hace del derecho interno en caso de conflicto con las disposiciones contenidas en los tratados de inversión y los procedimientos de dicho actuar, relacionando de esta forma el derecho sustancial, procedimental y su aplicación dentro los pronunciamientos de las cortes internacionales, haciendo especial referencia al CIADI.

No obstante, lo precedente, será necesario iniciar con una definición de interpretación, para lo cual acudiremos a la Real Academia Española, que conceptualiza la interpretación como "toda operación intelectual que busca darle sentido o significado a algo, principalmente de un texto"[336].

Ahora bien, en una acepción legal o de derecho, la interpretación presenta múltiples contextos y significados, dentro los cuales resaltaremos tres, la interpretación

[336] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <https://dle.rae.es> [10 de noviembre de 2021].

senssu larguissimo, la interpretación *senssu largo,* y la interpretación *senssu stricto*[337], conforme a los postulados propuestos por el doctor Jerzy Wroblewski, que serán tomados de forma académica en el desarrollo del presente capítulo, sin entrar a desarrollar los conflictos que presenta dicha temática, en tanto, la misma es susceptible de mayor profundización y existen múltiples pronunciamientos y autores que la desarrollan.

La interpretación *senssu larguissimo,* es definida como la comprensión de un *objeto* en tanto fenómeno cultural. Por ejemplo, si encontráramos una piedra de forma redondeada, podremos establecer dos peculiaridades, por una parte, si las características del objeto a significar obedecen a fenómenos naturales relacionados con la geología, o en contraposición, si dicha característica obedece a la intervención humana, en tanto, arte o herramienta de trabajo. Es así, como en el segundo ejemplo, el significado, el valor atribuido, obedece al sustrato material interpretándolo como actividad del hombre, siendo esta interpretación propia de las ciencias humanas que requiere una base filosófica apropiada[338].

Seguidamente la interpretación *senssu largo*, es aquella interpretación que comprende un signo lingüístico, es decir, entender un pictograma a partir de reglas y valores establecidos por ese lenguaje en específico, esta interacción tiene dos componentes, en primera instancia se dará una valoración a algo como un signo lingüístico (interpretación en el sentido más amplio), y después darle un significado al comprenderlo (interpretación en sentido amplio), siendo el segundo de estos, el empleado dentro de toda acción de comunicación humana, así como en los textos legales y el lenguaje legal especifico[339].

Finalmente, con la interpretación *senssu stricto*, cuando en casos concretos, a una expresión lingüística, se le da una determinación ambigüa y se presenta una incertidumbre sobre la misma. En este punto se pueden desarrollar dos espacios, el primero de ellos, cuando en la comprensión directa el lenguaje es suficiente para desarrollar la comunicación, propio de los actos cotidianos en los cuales los participantes se entienden a pesar de los múltiples significados lingüísticos en los que interactúan; por su parte, un segundo espacio, donde existen dudas y éstas son resueltas

[337] Cfr. WROBLEWSKI, Jerzy, 1988. Constitución y teoría general de la interpretación jurídica. p.p. 21-26. Disponible en: https://intro2010.files.wordpress.com/2010/11/47-wroblewski-jerzy-constitucion-y-teoria-general-de-la-interpretacion-juridica.pdf
[338] Ibíd.
[339] Ibíd.

por la interpretación mediante instrumentos externos, como son procurarse significados, en diccionarios o gramática, suele presentarse cuando un interlocutor no emplea el lenguaje adecuado o porque el contexto se aleja de lo corriente[340].

Estos dos espacios se presentan también en las decisiones judiciales, en tanto, en algunos casos no existen dudas de interpretación, y no existe discusión frente a las reglas empleadas, no obstante, se presenta duda sobre el significado de esa regla; a lo primero Wroblewski lo define como "situación de isomorfia" y la segunda "situación de interpretación", razón por la cual no se puede considerar la "compresión" de un lenguaje como sinónimo de su "interpretación"[341].

De otra parte, la clasificación de la interpretación se puede establecer en razón a los sujetos que realizan ésta, la primera de ellas es la interpretación auténtica, que es aquella realizada por el autor del documento interpretado. La interpretación oficial, corresponde a la realizada por una organización oficial o perteneciente al estado, y es efectuada en ejercicio de sus funciones. Seguidamente, está la interpretación judicial, que es aquella que se encuentra cabeza de los órganos jurisdiccionales. Y finalmente, la doctrinal, que es la interpretación realizada dentro de las ciencias jurídicas en general, por juristas y profesores en obras académicas[342].

Adicionalmente, en lo referente al objeto, es decir, que es lo que se interpreta. En sentido amplio puede ser objeto cualquier entidad capaz de portar un sentido, y en sentido estricto, solo se interpretan entidades lingüísticas. Existen tres respuestas a lo que se interpreta, siendo estas: i) disposiciones jurídicas, ii) normas jurídicas, o, iii) el derecho.

No obstante, ninguna de estas respuestas termina siendo completa, en tanto, la primera no considera a la costumbre, la tercera implica la concepción del derecho y su significado, y la segunda presenta tensión, por cuanto hay voces que consideran que las normas jurídicas son el producto de la interpretación y no tanto su objeto (para ellos se interpreta disposiciones o expresiones jurídicas). Esta última posición, corresponde a quienes adoptan un concepto amplio de interpretación, afirma que interpretar es decidir el significado de un texto legislativo, no es conocer, sino producir una norma.

---

[340] Ibid

[341] Ibíd.

[342] Cfr. URSÚA, José Francisco. (2004). Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos. *Isonomía*, (20), 255-275. Recuperado en 01 de noviembre de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000100012&lng=es&tlng=es.

Sobre el particular, hay quienes han sostenido[343] que no es conforme con que se designe con la palabra "norma", al texto interpretado como al resultado de la interpretación, adicionando, que es cuestionable la postura de que la norma es el significado de un acto de voluntad, puesto que, si interpretar es determinar el significado de algo, la norma no puede ser objeto de interpretación, en tanto, determinar el significado de un significado es algo absurdo.

En contraposición, los opositores[344] sostienen que esta idea es equivocada, desde una perspectiva kelseniana se toma la interpretación auténtica, y su concepción no está ligada al establecimiento de un sentido lingüístico de una norma afectada por la indeterminación semántica, sino que dicha interpretación pretende el tránsito de una grada superior a una inferior del ordenamiento (validez de la norma).

De otra parte, desde la perspectiva de la interpretación no auténtica, no existe el conflicto en considerar que el objeto de la interpretación son normas (como entidades portadoras de significado, y no meros textos), en consideración a que esta actividad implica mostrar o percibir el significado, es decir, que la interpretación no da origen a la norma[345].

En este orden de ideas, podemos afirmar que la interpretación jurídica, es un medio por el cual se le da un sentido y significado a los textos normativos, teniendo una doble connotación, como método y resultado, que implica comprender los enunciados de dichos textos, tendientes a la materialización de estos.

Ahora bien, en cuanto a derecho internacional público, dentro de la doctrina de los publicistas, se define a la interpretación como una operación intelectual que tiene como fin determinar el verdadero sentido y alcances de las normas jurídicas internacionales contenidas en estos instrumentos, cuya finalidad es la aclaración de los aspectos ambigüos de las disposiciones que contienen los precitados instrumentos internacionales, es decir, se busca dar al tratado el sentido que las partes le quisieron atribuir[346].

Adicionalmente, esta se considera como la aplicación de una determinada metodología "hermenéutica" en la cual se emplean principios y criterios a selección del interprete, para determinar el sentido exacto de una norma incluida en un texto, oscuro,

---

[343] Entre ellos Guastini y Michel Troper
[344] Entre ellos Weyland y Ruiz Manero
[345] Ibidem, Ursúa.
[346]Cfr. NOVAK. talavera, 2013. Los criterios para la interpretación de los tratados. THEMIS Revista De Derecho, (63), p. 72. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8991

impreciso, contradictorio, incompleto o ambiguo. En suma, la actividad interpretativa incluye dos significados diferentes; el primero de ellos referente a un resultado, a una actividad y a su producto, en este sentido, la interpretación es un movimiento de interrogación de búsqueda sobre el significado de una regla o situación jurídica, y, el segundo, es el resultado de dicha búsqueda, es decir, lo obtenido[347].

En consecuencia, la interpretación siempre estará presente cada vez que se ejecute o aplique un tratado, puesto que todos los que aplican un texto lo interpretan, sin percibirlo siempre, y siguen con este fin un cierto método[348]. Así las cosas, y una vez establecido que es la interpretación, resulta pertinente identificar dos factores en la ejecución de dicha acepción dentro de una perspectiva jurídica, para lo cual es necesario identificar y conceptualizar dos campos de acción; el primero de ellos, es establecer quién es el competente para interpretar los tratados, y el segundo, qué mecanismo de interpretación se emplea, o como se realiza el mismo.

En lo referente al primer punto, se tendrá que responder el interrogante que establece quien es el competente para interpretar los tratados, para lo cual, partiremos de establecer que, dentro de una perspectiva de derecho internacional público, son múltiples actores los cuales pueden ejecutar dicha acción y con diversos efectos jurídicos.

El primer acto de interpretación es aquel que realizan de forma conjunta los propios estados parte del tratado de inversión, puede ser del tratado mismo, o de un acto posterior, a esta forma de interpretación se la denomina interpretación auténtica y sus efectos no solo son hacia las partes, sino que también generan efectos *erga omnes*, por lo cual son oponibles ante terceros[349].

De otra parte, encontramos que la interpretación puede ser realizada por un órgano jurisdiccional internacional, en el presente trabajo de investigación haremos referencia puntual al CIADI, cuando las partes en un litigio de común acuerdo reconocen competencia a dicho órgano para resolver posibles controversias que se presenten y que existan entre las partes. En este caso, el efecto jurídico que se genera es inter - partes y sobre la materia objeto del litigio[350]. La interpretación será jurisdiccional y no jurídica, por cuanto emana de un organismo con poder de jurisdicción, el cual se

[347] Cfr. PANTOJA, Carlos, 2018. Trabajos preparatorios e interpretación de tratados. Revistas de Ciencias Jurídicas, N°. 144, Costa Ricas San José, p.p. 144-179. Disponible en: https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/32192
[348] Ibid. Novak.
[349] Ibíd.
[350] Ibid.

examina el litigio entre sujetos de derecho internacional, atendiendo la actividad encomendada por las partes a este órgano[351].

Cabe destacar que, en el derecho internacional los tribunales internacionales se han enfrentado con este tópico, como parte fundamental de su actuar, al determinar su jurisdicción, así como en la parte sustancial de sus fallos. En este punto, se resalta el trabajo realizado por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y con antelación por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), cuya actividad ha implicado la interpretación de tratados tanto en controversias a nivel jurisdiccional como en opiniones consultivas, donde merece especial mención la importación de la construcción de la jurisprudencia internacional[352].

En igual sentido, la interpretación de un tratado puede ser realizada por los poderes internos de los estados, ya sea el ejecutivo, judicial, y legislativo, casos en los cuales la interpretación solo tiene efectos internos y es conocida como interpretación unilateral, por no ser oponible a los demás estados que suscribieren el tratado[353].

Seguidamente, encontramos la interpretación que pueden ejercer los órganos que componen una organización internacional, de lo que se puede predicar de su tratado constitutivo, acuerdos de sede, así como los tratados impulsados en su elaboración y aprobación por la propia organización[354].

Finalmente, se adiciona la interpretación que realizan de forma individual los publicistas o estudiosos de la materia quienes emiten opiniones sobre los alcances de los tratados, interpretación que carece de efecto jurídico, sin embargo, no se desconoce la influencia de esta en las decisiones judiciales y arbitrales internacionales[355].

Ahora bien, con respecto al método se distinguen tres tipos en materia de derecho internacional: el método textual, el método subjetivo y el método funcional. El primero de ellos, parte del análisis del texto, el vocabulario empleado y el sentido ordinario de los términos; el método subjetivo, intenta entender la voluntad de las partes en el texto y fuera de él; y, finalmente el método funcional o teleológico, que pretende determinar el fin o función para la que fue suscrito el tratado, estableciendo su objeto y finalidad[356].

---

[351] Ibidem. Pantoja.
[352] Ibidem. García.
[353] Ibidem. Novak.
[354] Ibid.
[355] Ibíd.
[356] Ibid.

1. Reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esta convención es considerada como el punto de partida para la interpretación convencional, se encuentra basada en la tesis de la presunción de que el texto del tratado es la expresión auténtica de la voluntad de las partes. No obstante, la propuesta de investigar *ab initio* la voluntad de las partes en la interpretación, fue descartada durante los trabajos preparatorios de la conferencia, de hecho, fue el tema central de la discusión sobre la interpretación[357]. Sin embargo, a la fecha existe desarrollo jurisprudencial y normativo internacional controversial sobre dichas posturas.

Pese a la polémica existente sobre si los tratados son objeto de interpretación, existen ciertas reglas de interpretación que gozan de consenso, con un desarrollo jurisprudencial, las cuales encontramos consagradas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1967. Sobre el particular, Jiménez de Aréchaga, (citado por Novak) sostiene:

> "Las normas jurídicas relativas a la interpretación de los Tratados constituyen una de las sanciones de la Convención de Viena que fueron adoptadas por la conferencia sin voto disidente alguno y, por consiguiente, pueden ser consideradas como declaratorias del Derecho en vigor. Los cuatro artículos dedicados a la interpretación de los tratados están basados en la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia y destilan la esencia de ciertos principios fundamentales que pueden considerarse como reglas de Derecho Internacional sobre el tema y no meramente directivas generales, aplicables a todos los tratados, cualquiera sea su naturaleza o contenido"[358].

La Corte Internacional de Justicia ha afirmado que el Derecho Internacional consuetudinario, encuentra su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, según el cual un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin[359].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva sobre "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, manifestó:

> "Para la interpretación del artículo 64 de la Convención la Corte utilizará los métodos tradicionales del derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las reglas generales de interpretación, como en lo que toca a los medios complementarios, en los términos en que los

[357] Ibidem. Pantoja.
[358] Ibidem. Novak. p. 73.
[359] Ibidem. Novak.

mismos han sido recogidos por los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"[360].

De conformidad con lo antes señalado, es dable manifestar que existen reglas concretas en el derecho internacional para la interpretación de tratados internacionales, a los cuales recurren las Cortes y organismos internacionales, razón por la cual a continuación se realiza especial referencia a las consagradas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena:

"1.1.- Regla general (artículo 31)

En el artículo 31 de la Convención de Viena se establece una regla general de interpretación, en los siguientes términos:

"**31 Regla general de interpretación**. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe 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.2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a. todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b. todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a. todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b. toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c. toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes".

En este punto podemos evidenciar que dicho artículo cuenta con los tres métodos de interpretación, enunciados previamente, el textual, el subjetivo y el funcional o teleológico; el textual lo encontramos en el numeral primero, cuando señala que el tratado se entenderá en el sentido corriente de los términos del tratado, es decir, que el mismo será entendido de forma textual; igualmente, el método subjetivo lo observamos en el mismo numeral primero, cuando establece que se tendrán en cuenta los objetivos y fines del tratado, así como en el numeral cuarto que extiende la interpretación a la intención de las partes, haciendo relación a las motivaciones de los

[360] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1982. Opinión consultiva oc-1/82, "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la corte (art. 64 convención americana sobre derechos humanos). p. 9. disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf

suscribientes; y, finalmente el funcional o teleológico, que hallamos en los numerales dos y tres, haciendo extensiva la regla de interpretación al contexto, preámbulo, acuerdos previos y posteriores, y en sí a los mecanismos externos que sirven como soporte de interpretación.

Aunado a lo anterior, se puede apreciar como a pesar de que el artículo establece múltiples métodos y reglas de interpretación de los tratados, se aprecia una primacía de la interpretación textual, sin que en el mismo se señalen jerarquías o prelación de las reglas de una sobre la otra al momento de la interpretación, siempre partiendo del texto en sí mismo y de la interpretación textual, en tanto, exista certeza sobre los enunciados y no exista la necesidad de indagar; en este sentido el orden que debe seguirse en la aplicación de las reglas de interpretación, está determinado por la lógica, que ordena ir de lo intrínseco (texto) a lo extrínseco, de lo inmediato a lo remoto[361].

La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas sobre el artículo 31 ha manifestado que la expresión "regla" plasmada de forma singular y no en plural, implica que este artículo debe ser entendido en conjunto y deben ser aplicado de forma integral, es decir, que la misma en su contenido no presentaría ninguna prelación, y que los mismos deben ser una operación combinada. En este sentido, la aplicación de la regla debe ser entendida como una unidad, y que las disposiciones contenidas en ellas no son independientes y se encuentran ligadas entre sí, en tanto, todas representarían un mismo valor[362].

De otra parte, se observa en algunos casos que la aplicación de las reglas de interpretación contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena no ha sido contundente, como se aprecia en algunos pronunciamientos ambivalentes realizados por la Corte Internacional de Justicia, en donde en casos concretos se ha basado en el análisis del texto del tratado y no en las reglas del artículo. En igual sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia han tenido como punto de partida el objeto y el fin del tratado, dando prevalencia al método subjetivo, en contraposición con la regla en conjunto de la Convención de Viena. A su vez, el órgano de apelaciones de la Organización Mundial del Comercio aplica la regla del sentido ordinario y natural de los términos y en la práctica subsecuente[363].

---

[361] Ibidem. Novak.
[362] Ibíd.
[363] Ibíd.

En este sentido, es claro que si bien es cierto existe cierto consenso frente a la aplicación de la regla general de interpretación, contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena, las Cortes internacionales han optado por uno u otro método de interpretación en mayor grado de aplicabilidad conforme a sus criterios.

Ahora bien, dentro del derecho internacional público como fuente principal de toda operación de interpretación existen dos principios fundamentales, el primero de ellos, es el *pacta sunt servanda* y el segundo, la buena fe. El *pacta sunt servanda* lo encontramos consignado en el artículo 26 de la Convención de Viena, donde se señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, siendo una cláusula de eficacia con respecto a los tratados[364].

Este principio se encontraba previamente consignado en la Carta de las Naciones Unidas, suscrita en San Francisco el 26 de junio de 1995, que disponía que las Naciones Unidas están encaminadas a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional[365]. La importancia de este postulado radica en que, si los tratados de carácter internacional no fueran cumplidos, no sería posible la convivencia entre los pueblos, ni tampoco la razón de ser del Derecho Internacional[366].

No obstante, la existencia de dicha cláusula, diversos autores han apuntado que, en la práctica internacional, en lo referente al acuerdo de voluntades de los sujetos del Derecho Internacional, existe una manifiesta desigualdad entre las partes. Hoy en día los tratados desiguales son implementados por las potencias y Estados imperialistas para mantener en situación de dependencia a los pueblos de Asia, África y América Latina. La peculiaridad de los tratados desiguales radica en la apertura de la soberanía de los Estados y los pueblos, a la injerencia de los Estados en mejor posición, con respecto a los asuntos internos. Adicionalmente, se destaca la desigualdad y desproporción en los derechos y obligaciones señalados a las partes en los tratados, que aseguran ventajas únicas o fundamentales a los Estados imperialistas.

A pesar de que existen tratados con desigualdad, no es posible aplicar una regla absoluta que niegue el valor jurídico a un tratado porque no está firmando entre iguales, por cuanto resultaría ilógico y peligroso, y terminaría por agravar la situación de desigualdad, al negársele la posibilidad a un país débil de contratar con un país más

---

[364] Cfr. Varela. Quirós. Luis. (1996) Las Fuentes del Derecho Internacional Público. TEMIS. p.p. 56. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/18302.pdf
[365] Ibidem.
[366] Ibidem.

fuerte y viceversa, resultando con tratados exclusivamente entre pares, es decir, países fuertes con países fuertes, y países débiles entre sí[367]. Adicionalmente, la Convención de Viena estableció normas para evitar que la desigualdad pueda crear un abuso o una situación de imposición entre Estados, o que conlleve a la expoliación de un Estado débil, por el solo hecho de contratar con un Estado fuerte[368].

Sobre el particular, el artículo 51 de la Convención de Viena dispone:

> "51. Coacción sobre el representante de un Estado. La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que haya sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él carecerá de todo efecto jurídico".

En igual sentido el siguiente artículo 52, establece:

> "52. Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza. Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas".

De otra parte, el principio de buena fe debe ser entendido como una forma ideal de conducta, que implica actuar de forma honesta, leal, proba, correcta, exenta de subterfugios y malicia, es decir, cumplir de forma diligente y con la mayor fidelidad a lo que se ha comprometido[369].

Este principio se encuentra consagrado en varias convenciones internacionales, entre las cuales se destaca la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en el artículo 26, donde se consigna la obligación de los estados de cumplir y ejecutar los tratados de buena fe, siendo imperante sobre la materia. En igual forma el artículo 2 de la carta de la ONU dispone que los miembros de la Organización deben cumplir de buena fe las obligaciones que han asumido en virtud de la Carta. Y, por último, la Declaración de Principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (AG/2625 XXV)[370].

En suma, el principio de buena fe internacional implica, obrar de forma diligente, sin la búsqueda de fraude u obtener provecho mayor de lo pactado en el tratado, es decir, obrar de tal forma que se cumpla con las obligaciones contraídas.

---

[367] Ibidem
[368] Ibidem.
[369] Cfr. TALAVERA, Novak, 2013. Los principios generales del derecho la buena fe y el abuso del derecho
Recuperado a partir de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302416.pdf
[370] Ibid.

A partir de estas dos premisas desarrollaremos a continuación las reglas de interpretación consagradas en la Convención de Viena, como reglas principales, así: i) el sentido ordinario y natural de los términos, ii) el contexto, iii) la conformidad con el objeto y fin del tratado, iv) la conducta ulterior de las partes, v) toda norma de Derecho Internacional aplicable, y, vi) el efecto útil.

i) En el sentido ordinario y natural de los términos:

La interpretación se realiza a partir de descifrar el contenido semántico de los enunciados del acuerdo, puesto que en ellos se establece de forma textual la voluntad y la intención de las partes, por lo cual se busca el sentido del texto en sí mismo y no en agentes externos a este.

En concordancia con lo anterior, las cortes internacionales se han pronunciado sobre el alcance del artículo 31 de la convención, entre los cuales vale la pena destacar el pronunciamiento de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, en el cual señaló que el texto es la manifestación auténtica de la intención de las partes; es mucho más seguro y menos aleatorio fiarse de lo que está escrito, por lo cual el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar *ab initio* fuera de él[371].

Sir Gerald Gray Fitzmaurice, relator especial del Derecho de los Tratados de la Comisión de Derecho Internacional, proponía que las partes por medio del tratado expresaban sus intenciones, y que, por tanto, un intérprete debe asumir que dicho tratado encarna dichas intenciones, apostando por la literalidad, razón por la cual, sostiene que el intérprete solamente debe recurrir a los trabajos preparatorios en situaciones en las que el tratado no está claro[372].

En igual sentido la Corte Permanente de Justicia Internacional ha manifestado en su jurisprudencia que cuando el Tribunal puede dar efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las palabras empleadas un sentido natural y ordinario, no puede interpretar estas palabras intentando darles otra significación, lo anterior en la opinión consultiva sobre el servicio postal polaco de Danzig[373].

La Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas señaló la necesidad de decir que el primer deber de un Tribunal llamado a

[371] Ibíd.
[372] Ibidem. Pantoja.
[373] Ibidem. Novak.

interpretar y aplicar las disposiciones de un tratado, es esforzarse para dar efecto, según su sentido natural y ordinario a estas disposiciones, si las palabras pertinentes, cuando se les atribuye su sentido natural y corriente, tienen sentido en su contexto, no hay que investigar más[374].

De acuerdo con los fallos antes referenciados, existe un consenso, en tanto, extiende el significado de lo escrito en los tratados a un sentido natural y corriente, es decir, que los mismos no podrán corresponder a interpretaciones exógenas y reforzadas, sino que deberán ser entendidos en sí mismos dentro de un ambiente de naturalidad y obviedad.

Ahora bien, el artículo 31 al señalar el sentido "ordinario" y "natural" de los términos, hace referencia a su significado "regular," "normal" o "acostumbrado", es decir, que no obedece a ningún tecnicismo, por lo cual se puede establecer que, por regla general, para dar sentido a las palabras se acudirá a diccionarios ordinarios y no especializados. Por ejemplo, el órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio en el asunto Canadá - medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, al tratar de determinar el significado de la palabra "beneficio", señaló que comenzaría por acudir al significado ordinario de la palabra 'beneficio', el cual según el diccionario es ventaja, bien, donación, ganancia. o, más generalmente, un favorable o útil factor o circunstancia[375].

En ese orden de ideas, cabe resaltar y aclarar, que si bien es cierto se establece el sentido ordinario, ello no es óbice u impedimento para acudir a un significado técnico, como lo sería el lenguaje jurídico, al cual se podría acudir para dar sentido al texto, en tanto, existen terminologías propias de ciertas disciplinas, como son los términos de nacionalidad, propiedad, sociedad por acciones, entre otros; a los cuales se deberá dar el sentido técnico de dichas palabras. La Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental, declaró:

> "El sentido geográfico del término Groenlandia, es decir, la denominación que se emplea normalmente en los mapas para indicar la isla entera debe considerarse como acepción corriente del término. Si una de las partes alega que debe atribuírsele un sentido inusitado o excepcional, corresponde a esa parte demostrar la validez de su afirmación"[376].

---

[374] Ibíd.
[375] Ibíd.
[376] Permanent Court of International Justice, Legal Status of Eastern Greenland, Sentence. 1933, para. 111. Disponible en: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1933.04.05_greenland.htm

En igual sentido, la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la isla Kasikili/Sedudu (Botswana/ Namibia) buscando el significado de la expresión "canal principal" del río, acudió a diccionarios especializados para hallar el sentido de este, ante lo cual manifestó:

> "El Tribunal considera que no puede confiar en un criterio único para identificar el canal principal del Chobe en torno a la isla de Kasikili/Sedudu, pues debido a las características naturales de un río, puede variar notablemente a lo largo de su curso y de un caso a otro. Los trabajos científicos que definen el concepto de 'canal principal' con frecuencia se refieren a diversos criterios; así, en el diccionario francés de hidrología de superficie con equivalentes en inglés, español, alemán, el canal principal es 'el más amplio, el canal más profundo, en particular, el que lleva el mayor flujo de agua'; de acuerdo con el glosario de ingeniería de control de agua y aguas residuales (Consejo de redacción común representativo de la Asociación Americana de Salud Pública, la Sociedad Americana de Ingenieros Civiles, la Asociación Americana de trabajos de agua y la Federación de control de contaminación del agua, 1969), el canal principal es el medio, el canal más profundo o más navegable[377].

Además, no se debe entender que el sentido que se le otorga a las palabras es individual, sino que el mismo debe ser tomado a partir de su sintaxis y semántica, en el asunto Canadá - medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles, el órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio, no solo analizó los términos en sí, sino que estudió la conjugación y tiempos empleados en determinados verbos incluidos en el tratado objeto de interpretación, así como la composición de las frases, el origen y significado de las palabras[378].

En conclusión, se debe entender que la regla de interpretación sobre el sentido ordinario y natural de los términos nos establece que el texto debe ser entendido en sí mismo, con el significado ordinario o común de las palabras, acudir a un lenguaje técnico si da a lugar a ello, y entender el texto a partir de su significado semántico, esto es, las relaciones de las palabras contenidas en el tratado, sin que implique acudir a agentes externos de no ser necesarios.

ii) El contexto

En virtud de esta regla las disposiciones de un tratado no deben ser interpretadas de forma aislada, sino a partir de su contexto inmediato, en armonía con las disposiciones del tratado, su preámbulo y anexos, así como con otros acuerdos

[377] International Court of Justices. Kasikili/Sedudu Island, Botswana v. Namibia. Judgment. 1999. Para. 30. Disponible en: http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1999.12.13_kasikili.htm
[378] Ibidem. Novak.

concertados previa o posteriormente que amplíen o modifiquen el tratado original, o complementen el mismo, o con instrumentos conexos al tratado[379].

Sobre el particular, el tribunal de arbitramento en el caso Chevron vs. Ecuador, sostuvo:

> "(…) el tribunal debe, tal como lo requiere la "regla general de interpretación" del artículo 31 de la CVDT, interpretar las disposiciones de los ABIs de buena fe conforme al sentido corriente (ordinary meaning) que haya de atribuirse en su contexto y a la luz del objeto y propósito de los ABIs. El "contexto" que es referido en el párrafo primero del artículo 31 otorga una definición específica en el segundo párrafo del artículo 31 y comprende tres elementos: (i) el texto del ABI, incluido el preámbulo; (ii) cualquier acuerdo entre las partes del ABI en conexión con su celebración; y (iii) cualquier instrumento realizado por una de las partes del ABI en conexión con su celebración y aceptado por la otra parte del ABI. El "significado corriente" aplicará a menos que se haya dado un significado especial a un término, siempre y cuando lo hayan previsto las partes del ABI, tal como lo establece el párrafo cuarto del artículo 31"[380].

Conforme a lo contemplado en el artículo 31, se debe comprender el contexto del tratado, es decir, el análisis estructural y sistemático de la disposición a ser interpretada. En sí, es necesario tener en cuenta, lo que se denomina el contexto inmediato, que consiste en analizar donde se encuentra la palabra o frase dentro del acuerdo, tal y como sucedió en el asunto de la tierra, islas y frontera marítima entre El Salvador y Honduras, en el cual la Corte Internacional de Justicia, a partir de la localización del artículo en el texto, es decir, en que título o capítulo se encontraba, pretendió darle un significado al mismo.

Seguidamente, hay que tener en cuenta la estructura de la frase en materia de interpretación, es decir, como está construida, en el asunto Chile - Sistema de banda de precios y medidas de salvaguarda relativas a ciertos productos agrícolas, resuelto por el órgano de apelación de la Organización Mundial de Comercio, se trató dicho tópico; en tercer lugar, los títulos del acuerdo deben ser tenidos en cuenta en razón a que pueden definir o determinar el ámbito del acuerdo.

El anterior tópico fue tratado en el asunto de las plataformas petroleras resuelto por la Corte Internacional de Justicia, donde se estudió el título del Tratado de 1995 suscrito entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América, para lo cual fueron confrontados los títulos empleados en otros tratados similares, celebrados

---

[379] Ibid.

[380]. UNCITRAL. In an arbitration under the treaty between the United States of America and the republic of Ecuador concerning the encouragement and reciprocal protection of investment and the UNCITRAL arbitration rules. Partial Award on the Merits. 2010. Para. 161. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0151.pdf

por Estados Unidos en las mismas fechas, como lo es el acuerdo con Nicaragua de 1996.

Así mismo, se puede realizar una interpretación a partir de las secciones donde se encuentren las disposiciones s a interpretar. Sobre el particular, como ejemplo se puede señalar los títulos de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en este caso, en el artículo 3, el uso del singular en el título "regla general de interpretación" claramente indica que las distintas reglas de interpretación consagradas en él deben ser interpretadas conjuntamente, es decir, como una unidad.

Cabe anotar, que en el artículo 32 referido a las "reglas de interpretación complementarias", se establece que este tipo de reglas de interpretación son adicionales y que además sólo pueden ser empleadas después de aplicar las reglas consagradas en el artículo 31, es decir, que las mismas son subsidiarias, razón por la cual, es claro y evidente que los títulos pueden tener motivación dentro de los textos de los acuerdos y ser sometidos a una interpretación.

Finalmente, está la posibilidad de contrastar el artículo objeto de interpretación con otras disposiciones del tratado, un ejemplo de ello lo encontramos en el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justica en el asunto sobre las acciones armadas fronterizas y transfronterizas entre Nicaragua y Honduras, en donde se estudió la competencia de dicho tribunal para lo cual fueron contrastados los artículos XXXI y XXXII del Pacto de Bogotá de 1948[381].

En suma, con respecto a la interpretación contextual, la misma implica cuatro tópicos, una interpretación a partir del contexto inmediato del acuerdo o tratado internacional, es decir, donde se encuentra ubicado el objeto a interpretar, la estructura de la frase o proposición, los títulos y secciones del acuerdo, así como el contraste que se puede hacer del artículo objeto de interpretación con otras disposiciones del tratado. De esta forma se evidencia, que la interpretación no se hace de forma aislada, sino que se recurre a contenidos adicionales que se encuentran igualmente incluidos en el acuerdo, y dar sentido al texto en sí mismo.

Adicionalmente, en la regla de contexto está inmersa la obligación de revisar los demás componentes del tratado (otras disposiciones del tratado, su preámbulo y anexos), u otros instrumentos adicionales a éste, en lo que se denomina contexto

[381] Ibidem. Novak.

mediato, que permite establecer su real sentido y alcance. En este punto de análisis se destaca la importancia de los preámbulos, teniendo en cuenta que ellos contienen las principales motivaciones para la suscripción del acuerdo, lo cual facilita establecer el objetivo o el fin del tratado, puesto que, si bien es cierto, en los mismos no se señalan obligaciones claras, los preámbulos sirven como criterios para determinar significados en los acuerdos, así lo ha señalado la Corte Internacional de Justicia en el laudo arbitral del 31 de julio de 1989 (Guinea-Bissau/Senegal), también lo hizo en el asunto de la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan (Indonesia/ Malasia) y en el arbitraje del canal del Beagle[382].

Finalmente, la Corte Permanente de Justicia Internacional en opinión consultiva sobre el servicio postal polaco en Dánzig. señaló que es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tendrían en su contexto. En igual sentido se pronunció en la opinión consultiva sobre la competencia de la Organización Internacional del Trabajo para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas.[383] Así mismo, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre competencia de la asamblea general para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas lo confirmó señalando que, es un principio fundamental de interpretación el que las palabras deben ser interpretadas según el sentido que tengan normalmente en su contexto, a menos que la interpretación así dada, conduzca a resultados no razonables o absurdos[384].

iii) La conformidad con el objeto y fin del tratado

Esta regla busca determinar el propósito que se pretende alcanzar con la suscripción del tratado, es decir, se busca establecer las razones o *ratio legis*, que tuvieron los suscriptores al momento de redactar el texto[385]. Al respecto, Rojas Amanda afirma que la determinación del objetivo de una ley mediante la interpretación teleológica significa interpretación con base al objetivo relevante de un ordenamiento, debido a que el sentido del objetivo de una ley se vincula con relaciones sociales que se encuentran inmersas en un acontecer histórico y evolutivo, se deben de considerar en

[382] Ibíd.
[383] Ibíd.
[384] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas". Disponible en: https://www.dipublico.org/10498/opinion-sobre-la-competencia-de-la-asamblea-general-para-la-admision-de-un-estado-de-las-naciones-unidas/
[385] Ibidem. Novak.

una interpretación teleológica la evolución de las correspondientes relaciones de vida, si la determinación del objetivo de la ley forma parte de la labor interpretativa, la consideración de la significación económica, política y social de la ley a ser interpretada constituye una de las exigencias básicas de la aplicación del derecho[386].

Este mecanismo de interpretación se fundamenta en que, el texto del tratado debe ser considerado simplemente como un recipiente de las expectativas comunes de las partes, razón por la cual, el intérprete necesita realizar la más amplia investigación en los materiales adicionales al texto. Es decir, la meta principal es esclarecer los objetivos y propósitos del tratado, haciendo efectivos los propósitos y fines que nutren el acuerdo[387].

La importancia de este principio radica en que mediante este se puede modificar el resultado de la aplicación de la regla del sentido ordinario y natural de los términos, en tanto, esta regla busca establecer el objeto del tratado. No obstante, no es válido afirmar que la aplicación de dicha regla concluya con una alteración de la interpretación realizada teniendo en cuenta la aplicación de la regla en sentido ordinario y natural de los términos.

La Corte Internacional de Justicia en el asunto tierra, islas y frontera marítima entre El Salvador y Honduras sostuvo que, al interpretar un texto de este tipo se debe tener consideración de la intención común tal como está expresada en las palabras del compromiso.[388].

Así las cosas, es claro que la interpretación que se haga del texto, si bien cierto se acude a los deseos o motivaciones de las partes, la misma no puede afectar el sentido ordinario y natural del texto, y si bien es cierto, no existe una prelación en el artículo 31 de la Convención de Viena, el desarrollo de este artículo, a nivel de pronunciamientos, se observa que existe una preferencia hacia la regla que establece una interpretación ordinaria y natural de los términos del tratado.

Se encuentra una gran aplicabilidad de esta regla con respecto a los tratados constitutivos de organizaciones internacionales, en tanto, se busca establecer las competencias de éstas a partir de sus propósitos y fines, así como para la interpretación

---

[386]Cfr. Rojas Amandi, Víctor, "La interpretación del derecho de la Unión Europea". Revista de Derecho de la Unión Europea, n." 4 -1." semestre 200. Disponible en: http://62.204.194.45/fez/eserv/bibliuned:1217/IntDchoUE.pdf

[387] Ibidem. Pantoja.

[388] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto de la Tierra, Islas y Frontera Marítima entre El Salvador y Honduras". 1992. p.p. 195.

de tratados de Derechos Humanos[389]. Un ejemplo lo encontramos en el pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva sobre la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres, cuando sostuvo que, en efecto, una interpretación restrictiva del concepto de "familia" que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos" sin distinción alguna[390].

En materia de inversiones, el CIADI ha dado aplicación a este principio y ha puesto especial énfasis en la efectividad de la norma, esto lo podemos observar en el caso Noble Ventures vs. Rumania[391], en donde el tribunal establece que el propósito de la norma apunta al principio de efectividad, no obstante, dicha regla no podrá ser interpretada siempre en favor del inversionista extranjero, sino que se justificara si la disposición interpretada perdiera valor y sentido, es decir, que se torne en letra muerta[392].

Ahora bien, con respecto a los significados de los términos "objeto" y "fin", la Real Academia Española de la Lengua define al primero como: "fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación"[393]; y al segundo como: "objeto o motivo con que se ejecuta algo"[394], de esta forma se entiende que dichos términos son sinónimos en su significado, razón por la cual, resulta inapropiado entenderlos independientemente ya que los mismos hacen referencia al "espíritu" del tratado[395].

Adicionalmente, para determinar el verdadero objeto y fin en el derecho internacional, podemos acudir a analizar el preámbulo de los tratados, en donde por regla general se establece de forma expresa la finalidad con la que las partes suscriben este, o recurrir a los artículos que de igual forma contienen la finalidad u objeto del

---

[389] Ibidem. Novak.
[390] CORTE PERMANENTE DE JUSTICIA INTERNACIONAL. "Opinión Consultiva dictada en el asunto de la Convención sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres". P.p. 77. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf
[391] International Centre for Settlement of Investment Disputes. proceeding between, Noble Ventures, Inc. Vs Romania. Case No. ARB/01/11. octubre 12 de 2005. pp. 61 Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0565.pdf
[392] Ibidem. GARCIA, p.p. 174
[393] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. https://dle.rae.es. 2021. Disponible en: https://dle.rae.es/objeto
[394] Ibíd.
[395] Ibidem. Novak.

tratado, como por ejemplo el artículo 1 y 2 de la Carta de las Naciones Unidas[396], en donde el primero de ellos establece claramente los propósitos de las Naciones Unidas, entre los que resaltan mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar entre las naciones relaciones de amistad y realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario; y en el siguiente artículo señala los "principios" entre los que se destaca la igualdad, buena fe, paz, seguridad, justicia y cooperación[397].

Así las cosas, se puede establecer que esta regla de interpretación conlleva a entender el objeto y finalidad del tratado, es decir, el espíritu de este, a partir del texto mismo, el cual puede estar de forma expresa en el preámbulo o en artículos concretos del texto. Cabe resaltar, que esta regla no es absoluta, en tanto, la interpretación ordinaria y natural, gozaría de preferencia, aclarando que, si bien es cierto, no existe tal disposición en la Convención de Viena, la misma se ha desarrollado a partir de los pronunciamientos de las cortes internacionales.

iv) **La conducta ulterior de las partes**

Esta regla establece que un tratado debe ser interpretado de conformidad con lo acordado por las partes de forma expresa (interpretación auténtica expresa) o con la aplicación práctica del tratado realizada en común por las partes (interpretación auténtica tácita)[398].

En ese sentido, a parte del acuerdo expreso, la práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado se entenderá como prueba objetiva sobre el acuerdo existente, siendo estas prácticas consideradas dentro de la actividad interpretativa, puesto que las mismas podrán dotar de sentido y alcance a lo pactado en el tratado. Es así como la doctrina considera que las partes pueden dar uso de esta regla y establecer el verdadero significado, sentido y alcance al tratado, incluso, ampliar su significado. Esta práctica se puede presentar dentro de los poderes internos de los Estados, es decir, por el poder ejecutivo, legislativo o judicial, donde se puede evidenciar como se ha interpretado las disposiciones del tratado a través de su ejecución o implementación [399].

La naturaleza de esta regla es que parte de una interpretación sistemática o repetida de un tratado, puede ser por una práctica armónica de todas las partes, es decir,

[396] Ibid.
[397] Naciones Unidas, Carta de las Naciones Unidas, Capítulo I: Propósitos y principios, artículo 1 y 2. 1945. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1
[398] Ibidem. Novak.
[399] Ibid

que todas las partes ejecuten de igual forma el acuerdo, o que sea ejecutada de forma unilateral por una de las partes y goce de consentimiento por todas las partes restantes, o por lo menos de una mayoría, lo cual se entenderá como indicio, mas no como prueba[400].

En ese sentido, la aplicación de esta regla implica la existencia de actos o pronunciamientos certeros, esto es, que los mismos sean concordantes, comunes y consistentes, como lo considero el órgano de apelación de la Organización Mundial del Comercio en el asunto Japón - impuestos sobre las bebidas alcohólicas, al señalar que, generalmente en Derecho Internacional la esencia de la práctica ulterior en la interpretación de un tratado ha sido reconocida como una secuencia de actos o pronunciamientos concordantes, comunes y consistentes, [...] que implican el acuerdo existente entre las partes respecto a su interpretación. Un acto aislado no es generalmente suficiente para establecer una práctica subsecuente; esta es una secuencia de actos que establecen el acuerdo de las partes de forma relevante[401].

A nivel de jurisprudencia, la regla de conducta ulterior ha encontrado su desarrollo jurisprudencial en diversas Cortes Internacionales. En el asunto la reclamación Rusia contra Turquía la Corte Permanente de Arbitraje señaló que la ejecución de los compromisos es, tanto entre Estados cuanto, entre particulares, el comentario más seguro de esos compromisos[402].

Por su parte, la Corte Permanente de Justicia Internacional en la opinión consultiva sobre la competencia de la Organización Internacional del Trabajo para la reglamentación internacional de las condiciones de trabajo de las personas empleadas en tareas agrícolas, manifestó que, si hubiera alguna ambigüedad, la Corte podrá, con el fin de determinar el verdadero sentido, examinar la forma en que se ha aplicado el tratado[403].

v) Toda norma de Derecho Internacional aplicable

En el literal c), del numeral 3 del artículo 31 de la Convención de Viena, se establece como regla de interpretación que toda norma pertinente de derecho internacional es aplicable en las relaciones entre las partes, la cual no se entiende como un procedimiento, pero si como regla de interpretación, en tanto, alude criterios referentes a la costumbre bilateral, regional o unilateral, a los tratados bilaterales o

[400] Ibíd.
[401] Ibíd.
[402] Ibid.
[403] Ibid.

multilaterales, los principios generales del derecho e incluso a sentencias existentes sobre la materia que le son aplicables a las partes del tratado[404], con el objeto de tener consistencia en las obligaciones adquiridas en virtud del mismo[405].

Así las cosas, esta regla implica acudir a agentes externos al tratado, sin que ello conlleve a la modificación o alteración de la interpretación natural del mismo, pues se acude a la misma en consideración a la fuerza vinculante de las disposiciones externas como medio de interpretación.

vi) El efecto útil

Esta regla, conforme a lo manifestado por la Comisión de Derecho Internacional y al desarrollo doctrinal, no se encuentra consagrada de forma expresa, sino de forma tácita en la Convención de Viena, inmersa en el principio de buena fe, consagrado en el artículo 31 de dicha convención. Dicha regla implica que, cuando se busca el sentido de un tratado, se debe escoger aquella interpretación que da utilidad a la disposición, es decir, da un sentido o efecto práctico, descartando de esta forma, todas aquellas interpretaciones que resulten en la inaplicabilidad del tratado, en tanto, este resultaría inútil. La Corte Internacional de Justicia en el asunto del estrecho de Corfú señaló que sería contraria a las reglas de interpretación generalmente reconocidas el considerar que una disposición, insertada en un compromiso, sea una disposición sin sentido ni efecto[406].

Al respecto, se debe destacar, que nos encontramos ante una regla de carácter pragmático, en la medida que con la misma se busca la aplicabilidad del tratado, valorando las actuaciones y esfuerzos de las partes en la celebración de dichos actos.

Finalmente, con respecto al sentido especial y la intención de las partes, Sir Hersch Lauterpacht, juez de la Corte Internacional de justicia en 1954, formuló los principios de la escuela de la intencionalidad, la cual postula que el intérprete de un tratado debe determinar, en primer lugar, las intenciones de las partes, para interpretar se buscan intenciones comunes reales, en contraposición al de simplemente suponer que algunas de las palabras utilizadas son la única expresión posible de la voluntad común. Esta escuela, considera que este mecanismo es una materialización del principio de buena fe y el principio *pacta sunt servanda*[407].

---

[404] Ibid
[405] Ibid.
[406] Ibid.
[407] Ibidem, Pantoja.

1.2.- Medios complementarios (artículo 32)

La convención de Viena en su artículo 32 dispone como medios de interpretación complementarios a los enunciados previamente, como a continuación se cita:

> "32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del **artículo 31**, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:
>
> **a)** deje ambiguo u oscuro el sentido;
>
> **b)** conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

Esta disposición implica que los Estados podrán acudir a estos medios de interpretación con el fin de complementar o confirmar las interpretaciones que se hagan en aplicación de las reglas generales, y que estas resulten ambiguas, oscuras, absurdas o irrazonables. La finalidad de las limitaciones establecidas en el artículo 32, se justifican, en tanto, buscan limitar estas reglas complementarias a los casos estrictamente necesarios, evitando así interpretaciones forzadas por las partes[408].

Al respecto, en opinión consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado en las Naciones Unidas, la Corte Internacional de Justicia manifestó:

> "el texto [del tratado] es suficientemente claro; por consiguiente, no cree que deba desviarse de la práctica invariable de la Corte Permanente de Justicia Internacional, según la cual no procede recurrir a los trabajos preparatorios si el texto de la Convención es suficientemente claro[409]".

En igual sentido, en el caso Chevron vs. Ecuador el tribunal de arbitramento adoptó los medios complementarios de interpretación del artículo 32, para lo cual señaló:

> "El tribunal puede recurrir a los medios complementarios de interpretación (i) para confirmar el significado resultante de la aplicación del artículo 31 de la CV, o, (ii) cuando la interpretación dada conforme al artículo 31 de la CV deje ambiguo u oscuro, o conduzca a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable. Esos medios complementarios de interpretación incluyen el trabajo preparatorio del tratado y las circunstancias de su celebración.

---

[408] Ibidem. Novak.

[409] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Opinión Consultiva sobre el asunto de la Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas". 1948. Disponible en: http://www.cacheirofrias.com.ar/opinion_consultiva_ingreso_a_la_ONU.htm

Así, los medios de interpretación complementarios del artículo 32 sólo se utilizarán si las situaciones arriba mencionadas se producen[410]".

En este orden de ideas, las disposiciones complementarias tendrán un carácter subsidiario, es decir, las mismas procederán cuando los medios principales no sean suficientes para darle sentido a las disposiciones de los tratados, en suma, si en aplicación de las reglas principales son suficientes, no procederá acudir a los criterios contemplados en el artículo 32 de la Convención de Viena.

Ahora bien, es necesario precisar que las reglas complementarias dejan abierta la posibilidad de recurrir a reglas complementarias indeterminadas, no obstante, se destacan dos, los trabajos preparatorios y las circunstancias de la celebración.

i) Los trabajos preparatorios

En primer lugar, se tiene que dicha norma goza de gran aplicabilidad práctica, razón por la cual, es cuestionable su ubicación como norma complementaria en la Convención de Viena, en tanto, su uso es común al momento de realizar las interpretaciones[411].

Esta regla de interpretación dispone que, para interpretar las disposiciones de un tratado, se debe acudir a la historia de la elaboración del texto, es decir, al conjunto de documentos que se elaboraron como antecedentes al texto[412]. En este sentido, cuando se alude a los trabajos preparatorios, se incorpora la totalidad de las actas, declaraciones, debates, correspondencia intercambiada, notas, cartas, en las que constan o se hayan registrados los trabajos que dieron lugar al texto del acuerdo[413]. Con respecto a los tratados multilaterales, las actas resultan de gran importancia, pues en ellas se reflejan las intervenciones de los representantes de los Estados, y en los tratados bilaterales se evidencia en el intercambio de notas el registro principal de las posiciones de los Estados[414].

Cabe precisar que, se considera como trabajo preparatorio todo aquello que concierne a la fase anterior o concomitante a la firma del tratado o a la adopción de su texto, es decir, que todo aquello que se produzca posterior a la suscripción al tratado, no son considerados como trabajos preparatorios[415].

---

[410] Ibidem. UNCITRAL. Chevron v. Ecuador. Para. 162.

[411] Ibidem. Novak.
[412] Ibid.
[413] Ibid.
[414] Ibid.
[415] Ibid.

En el asunto del tratamiento de los nacionales polacos y de otras personas de origen o de lengua polaca en el territorio de Dantzig, la Corte Permanente de Justicia Internacional, señaló que, no siendo absolutamente claro este texto, para encontrar su sentido exacto puede ser útil señalar, aquí, con cierto detalle, los diversos proyectos que han precedido a la adopción del texto en vigor[416].

Un ejemplo de ello lo encontramos en la opinión consultiva OC - 23/17 del 15 de noviembre de 2017, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó el alcance del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a partir del texto inicial de dicho documento. En dicha ocasión la Corte Interamericana señaló:

> "Este Tribunal nota que los trabajos preparatorios de la Convención Americana revelan que el texto inicial del artículo 1.1 establecía que: "[l]os Estados Parte se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre en su territorio y esté sujeta a su jurisdicción" (…).
>
> Al momento de adoptar la Convención Americana, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos suprimió la referencia al territorio y estableció la obligación de los Estados parte de la Convención, consagrada en el artículo 1.1 de dicho tratado, de respetar y garantizar los derechos allí reconocidos "a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Por tanto, se amplió el margen de protección a los derechos reconocidos en la Convención Americana, en la medida en que las obligaciones de los Estados Parte no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción. En otras palabras, los Estados no solo podrían llegar a ser responsables internacionalmente por actos u omisiones que les fuesen atribuibles dentro de su territorio, sino también por aquellos actos u omisiones cometidos por fuera de su territorio, pero bajo su jurisdicción."[417].

No obstante, teniendo en cuenta la gran amplitud de trabajos preliminares, a diferencia de la Corte Internacional de Justicia, la jurisprudencia arbitral internacional ha señalado límites a los trabajos preparatorios, precisando que solo se podrá recurrir a estos, siempre que estén contenidos en documentos escritos y sean además accesibles a las partes contratantes. Así mismo, se ha establecido que, cuando un Estado parte de un tratado multilateral no participare en la etapa de negociación de uno de los trabajos

---

[416] Ibid.

[417] CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. "Opinión Consultiva sobre Obligaciones Estatales en relación con el Medio Ambiente en el Marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la integridad personal". 2017. p. 35. Para. 77. disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

preparatorios, este no le será oponible, salvo que dichos Estados hubieran conocido oportunamente de dichos trabajos[418].

El Tribunal Arbitral para la deuda externa alemana, en el asunto Young, señaló en relación con el concepto de trabajos preparatorios, en primer lugar, que el término normalmente se limita al material que consta por escrito y que realmente está disponible en fecha posterior, esto significa que las declaraciones orales y las opiniones que no constan en actas o documentos de la conferencia al parecer pueden ser consideradas como un componente de los trabajos preparatorios sólo en casos excepcionales [...], así mismo precisó que otro requisito previo para que el material deba ser considerado como un componente de los trabajos preparatorios, es que en realidad sea accesible y conocido por todas las partes originales[419].

Así las cosas, los trabajos preparatorios si bien son herramientas al momento de realizar interpretaciones de los textos suscritos por los Estados, no obstante, es claro que los mismos solo podrán ser empleados una vez se apliquen las reglas principales, y están limitados, por cuanto deben constar por escrito y solo podrán ser oponibles a las partes, cuando estas tengan conocimiento de dichos trabajos, tratándose de acuerdos multilaterales.

ii) Las circunstancias de la celebración

Esta regla consiste en indagar sobre el conjunto de circunstancias de facto que llevaron a las partes a suscribir el tratado, considerando los factores políticos, sociales, económicos y culturales que se encontraban presentes en el proceso de negociación, o que llevaron a su conclusión[420]. Esto recibe el nombre de *ocassio legis*, que es, aquella situación concreta que fue la causa eficiente de la aprobación del tratado[421].

Esta regla permite llegar a conocer la intención del legislador, es decir, nos permite comprender el por qué y el para qué la elaboración de la norma, no obstante, para algunos autores, dicha regla puede implicar un obstáculo pues sería necesario la adaptación de las normas a las nuevas circunstancias que se pretendan normar[422].

Podemos observar su aplicación en manifestaciones de la Corte Permanente de Justicia Internacional, tal y como se evidencia en la opinión consultiva sobre la jurisdicción de la Comisión Europea del Danubio, en donde se analizó los hechos

[418] Ibidem. Novak.
[419] Ibid.
[420] Ibid.
[421] Ibid.
[422] Ibíd.

históricos que suscitaron la guerra, así como los que originaron dicho estatuto, para la interpretación del artículo 6 del estatuto definitivo. En igual sentido, se ha empleado esta regla en el asunto de las acciones armadas entre Nicaragua y Honduras, el asunto sobre ciertas tierras de fosfatos en Nauru, el asunto de la diferencia fronteriza entre Libia y Chad, el asunto de la delimitación marítima y cuestiones territoriales entre Qatar y Bahréin y el asunto de la soberanía sobre Pulau Litigan y Pulau Sipadan (Indonesia v. Malasia)[423].

En consecuencia, esta regla implica acudir a condiciones exógenas al tratado en sí, comprendiendo las circunstancias de modo y lugar, que dieron origen al tratado, en este sentido, no solo se acude a cuestiones escritas, sino a los hechos conocidos, lo que implica un mayor conocimiento del proceso mediante el cual dio origen el texto.

1.3. Regla específica (artículo 33)

A partir del siglo XX, con la práctica de redactar los tratados en diferentes idiomas, a manera de ejemplo encontramos el tratado constitutivo de las Naciones Unidas, el cual fue escrito en cinco lenguas oficiales[424], y ante las controversias que dicha práctica pueda llegar a suscitar, encontramos lo señalado por el artículo 33 de la Convención que dispone:

> **"33. Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas**
>
> **1.** Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.
>
> **2.** Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.
>
> **3.** Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.
>
> **4.** Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1. cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado"[425] .

Esta regla establece como principio que, si un tratado se encuentra escrito en varios idiomas, el texto dará igualmente fe en cada uno de ellos, no obstante, el tratado

---

[423] Ibíd.
[424] Ibid.
[425]CONVENCIÓN DE VIENA DEL DERECHO DE LOS TRATADOS, Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

puede disponer la prevalencia de alguno de los idiomas. Esta regla fue empleada en el asunto *Plama vs. Bulgaria*, por parte del Tribunal Arbitral del Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones[426].

De otra parte, esta regla dispone que, si el texto se encuentra en una versión diferente a los textos auténticos, estos solo serán válidos y vinculantes, si las partes o el tratado así lo disponen, considerando que esta versión no ha sido autenticada por las partes a diferencia de los textos originales[427].

En igual sentido, se establece como regla que los términos tienen igual sentido en todos los textos que dan fe, en ese orden de ideas, todas las versiones gozarían de la misma validez y autoridad, siendo infructuoso realizar alguna comparación entre los diversos textos. No obstante, si existiera alguna contradicción, o diferencia, se deberá recurrir, primeramente, a los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, intentando encontrar el sentido que mejor concilie con los textos, considerando el objeto y fin del tratado[428].

La Corte Internacional de Justicia en el asunto Lagrand Alemania contra los Estados Unidos de América manifestó que el apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena crea derechos individuales, se basa en el principio según el cual sí las palabras pertinentes tienen sentido en su contexto desde el punto de vista natural y ordinario, no hay nada más que hablar y no hay ninguna necesidad de recurrir a otros métodos de interpretación. No obstante, la Corte señaló que ese principio no es absoluto y que, cuando ese método de interpretación da lugar a un significado incompatible con el espíritu, el objetivo y el contexto de la disposición o del instrumento en que figuran las palabras, ésta no puede servir de base válida.

Sobre el particular, se ha señalado que no es la claridad en el sentido abstracto lo que hay que buscar, sino la claridad en relación con determinadas circunstancias y hay pocas disposiciones de tratados en cuyo marco no puedan preverse circunstancias cuya claridad pueda cuestionarse[429].

Cabe anotar, que esta regla no resulta autónoma, en tanto, si bien es cierto establece criterios claros sobre el idioma y su fuerza vinculante hacia las partes, en el caso que exista controversias o conflictos con la interpretación, las reglas a emplear

---

[426] Ibidem. Novak.
[427] Ibíd.
[428] Ibíd.
[429]CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. "Asunto LaGrand".2001. Disponible en: https://www.dipublico.org/cij/doc/134.pdf

para solucionar los conflictos son las contenidas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena.

1.4.- Las reglas no incluidas en la Convención

Tal y como se ha señalado en el desarrollo del presente acápite del trabajo de investigación la Convención de Viena establece las reglas principales para la interpretación de los tratados, pero así mismo en el artículo 32 indica los medios indeterminados o reglas indeterminadas para la interpretación de dichos instrumentos internacionales, cuando dispone que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, siendo nominados los criterios de trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, razón por la cual a continuación nos referiremos a las reglas no señaladas por la Convención de Viena:

i) El *in dubio mitius* y la regla contra *proferentem*

Según esta regla cuando sea necesaria la interpretación para esclarecer tratados ambiguos se debe ser los más restrictivo posible con respecto a las obligaciones asumidas por la parte, si uno de los términos del tratado es ambiguo debe preferirse el significado menos oneroso para la parte que asume la obligación o la que entrañe menos restricciones para los signatarios[430].

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de la frontera entre Turquía e Irak manifestó que, si la redacción de un precepto del tratado no es clara y se tiene que elegir entre varias interpretaciones admisibles, habría que adoptar aquella que implique el mínimo de obligaciones para las partes[431]. En igual sentido, esta regla es utilizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para interpretar las excepciones a las libertades comunitarias[432].

Ahora bien, a nivel jurisprudencial se ha manifestado la necesidad de una interpretación restrictiva cuando el tratado sostenga limitaciones a la soberanía del Estado (regla contra *proferentem)*, dentro de los pronunciamientos en los que se ha aplicado esta regla encontramos el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la jurisdicción de pesca, entre España y Canadá y en el arbitraje en sobre el asunto de acuerdos de servicios de transporte aéreo, entre Estados Unidos e Italia, de 2006[433].

---

[430] Ibidem. Novak.
[431] Ibid.
[432] Ibid.
[433] Ibid.

ii) La intertemporalidad.

De conformidad con esta regla, la interpretación de un tratado debe realizarse a la luz del derecho vigente en la época en que éste fue suscrito, suscitando polémica entre la doctrina y la jurisprudencia[434], la intertemporalidad es considerada como un principio de Derecho Internacional según el cual la situación debe ser apreciada y el tratado interpretado, a la luz de las reglas de Derecho Internacional existentes en ese tiempo, y no como son hoy en día.

En igual sentido se manifestaría el Juez Max Huber, de la Corte Permanente de Arbitraje en el asunto de la Isla de las Palmas entre Estados Unidos y los Países Bajos donde precisó que un hecho jurídico debe ser apreciado a la luz del derecho contemporáneo suyo, y no a la luz del derecho vigente en el tiempo cuando surge, o ha de zanjarse, una controversia con el relacionado. El efecto del descubrimiento por parte de España debe ser determinado, en consecuencia, mediante las reglas de Derecho Internacional en vigor durante la primera mitad del siglo XVII o (para tomar la fecha más próxima) durante el primer cuarto de él[435].

Ahora bien, la Corte Internacional de Justicia en reiteradas ocasiones ha tomado este principio de interpretación de manera diferente, yendo de forma contraria a lo anteriormente planteado, al considerar que las disposiciones del tratado deben ser interpretadas de acuerdo con el derecho vigente al momento de la interpretación o de la decisión judicial o arbitral, tal y como se puede apreciar en la opinión consultiva sobre Namibia en donde indicó que la interpretación y aplicación de un instrumento internacional debe hacerse dentro del marco del sistema jurídico general que prevalece en el momento de la interpretación[436].

En igual sentido la Corte en el asunto de la plataforma continental del mar Egeo manifestó que es difícilmente concebible que se intente dar a expresiones como 'jurisdicción doméstica' y 'estatuto territorial' un contenido invariable cualquiera fuera la evolución subsiguiente del derecho internacional[437], así mismo, en la disputa sobre derechos de navegación y derechos conexos, entre Costa Rica y Nicaragua la Corte al interpretar la palabra "comercio" incluida en el Tratado de 1858 celebrado por ambos

[434] Ibid
[435] Ibid.
[436] Ibíd.
[437] Ibíd.

países, considero que debía realizarse conforme al derecho y al significado vigentes al momento del fallo[438].

Así las cosas, es claro que no existe una posición clara respecto a esta regla de interpretación, y que la misma presenta una ambigüedad al momento de ser aplicada y su aplicación dependerá de la postura de quien tenga a su cargo la interpretación del tratado y del caso en concreto.

iii) La contemporaneidad

De conformidad con esta regla los fallos sean sentencias o laudos arbitrales deben ser interpretados conforme a los hechos o conocimientos que se tenían al momento de su elaboración[439], un ejemplo de contemporaneidad aplicada en la interpretación de un tratado lo encontramos en la controversia sobre delimitación marítima entre Francia y Gran Bretaña, donde el Tribunal arbitral declaró que la interpretación planteaba una cuestión que ya había sido zanjada con fuerza obligatoria en su decisión, razón por la cual el Tribunal no debería decidir ahora a la luz de hechos o argumentos nuevos[440].

Del mismo modo, en la controversia sobre recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy, entre Argentina y Chile, en los votos disidentes de los árbitros Galindo Pohl y Santiago Benadava, encontramos la siguiente manifestación:

> "No se puede atribuir al árbitro de 1898-1902 conocimientos geográficos que no tuvo ni pudo tener por la sencilla razón de que nadie los tenía, ni procede aplicar conocimientos posteriores para entender el sentido de hechos pasados, precisando que cada caso se debe analizar colocándose en la situación de la época y tratar de reproducir el escenario que conformó la visión y el juicio del árbitro, así como los puntos de vista y los propósitos de las partes es un dictado de la lógica. Colocándose fuera de la época, como si el fallo fuese pronunciado hoy, las decisiones del pasado pierden su sentido original. Particularmente en diferendos relacionados con fronteras, los fallos deben entenderse de acuerdo con los conocimientos geográficos, las informaciones y los argumentos presentados al juez, en la época y en conformidad con la época. De otro modo se corre el riesgo de perturbar la cosa juzgada y la estabilidad de las fronteras"[441].

Así mismo, para Santiago Benadava, los conocimientos geográficos adquiridos con posterioridad al laudo no pueden servir de base para su interpretación, el laudo y los instrumentos que lo integran deben ser interpretados a la luz de las circunstancias que los rodean y, especialmente, del conocimiento geográfico que el árbitro tomó en cuenta

[438] Ibíd.
[439] Ibid.
[440] Ibid.
[441] Ibid.

al dictarlo, los nuevos descubrimientos geográficos constituyen un "hecho nuevo" que no pueden alterar lo decidido por el laudo ni servir de base para su interpretación[442].

iv) La escuela de new Haven

Finalmente, con respecto a los métodos de interpretación, es necesario hacer referencia a la escuela de New Haven, para la cual las normas son "expresiones telegráficas de expectativas comunitarias", es decir, que estas normas no son autónomas, sino que deben ser interpretadas en razón a una serie de propósitos morales y sociales en atención a las circunstancias concurrentes en la situación por parte de un decisor autorizado. Si se llevara a cabo esta interpretación, se dará prioridad al "valor cardinal de la democracia, en tanto, que la realización de la dignidad humana", equivalente al mayor disfrute de valores demandados por los pueblos desde hace siglos como son el poder, respeto, ilustración, riqueza, bienestar, rectitud y afecto o sus equivalentes. En este sentido, se propone al derecho como un proceso de adopción de decisiones, en constante evolución, y se considera factores políticos y sociales en razón, a los intereses comunes, en permanente cambio[443].

2. Derecho interno en la interpretación de los tratados

En este título se dará una noción del derecho internacional como fuente del derecho interno de los estados, todo lo anterior considerando la naturaleza de los tratados y la obligatoriedad de estos con respecto a la normatividad interna y su desarrollo, haciendo hincapié en el estado colombiano, para lo cual se iniciará estableciendo que el derecho internacional se ha llegado a considerar como una fuente del derecho constitucional, en el marco de la globalización, de esta forma, las nuevas Constituciones se han dado la tarea de regular la incorporación del derecho internacional, así como la jerarquía y la forma de solucionar los conflictos entre los ordenamientos jurídicos[444].

Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno se desarrollan en dos dimensiones, la primera es la dimensión positivista, que es la respuesta que ofrece cada uno de los ordenamientos jurídicos acerca de la forma en cómo se integran

[442] Ibid.
[443] Ibidem. Pantoja.
[444] MONROY, Marco, 2008. Anuario Colombiano de Derecho Internacional - ACDI. El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional, p.p. 107-108. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25154.pdf

las normas de carácter internacional en el ordenamiento interno, y su posición con respecto a la normatividad interna. Y una segunda dimensión de carácter doctrinal[445].

Al respecto se han establecido dos teorías principales, la teoría dualista y la monista, la cual se suscitó desde 1899, cuando aparece la obra de Triepel, Völkerrecht und Landdesrecht (Derecho Internacional y Derecho Interno)[446].

i) Concepción dualista

Esta concepción implica la existencia de dos ordenamientos jurídicos separados y distintos, de una parte, el derecho internacional, y de otra el nacional. En esta concepción ambos ordenamientos tienen fuentes distintas, en tanto, el derecho internacional regula relaciones entre estados y el derecho interno las que se presentan entre el estado y sus súbditos o entre personas. Es así, como a la luz de esta teoría la validez del ordenamiento constitucional es independiente del derecho internacional, y puede o no estar conforme a él. Adicionalmente, la consecuencia del incumplimiento de un tratado es hacer al estado responsable internacionalmente.

Aunado a lo anterior, establece que no existe subordinación entre estos dos ordenamientos jurídicos, y que la forma de incorporar el derecho internacional se hace a partir de la transformación mediante acto de voluntad del legislador nacional[447].

ii) Concepción monista.

Esta sostiene que existe un "sistema normativo universal". Esta concepción establece una prevalencia del derecho internacional, que delega en los órganos nacionales la facultad para dictar el ordenamiento nacional. Para Kelsen, la validez de una norma y su fuerza está en dependencia de normas superiores, hasta llegar a la norma fundamental o grundnorm. Para la teoría monista el derecho internacional es un orden superior del cual dependen los sistemas jurídicos de los estados, entre los exponentes de esta teoría encontramos a Kelsen, Verdross y Kunz y por la escuela sociológica francesa (Scelle)[448].

En este sentido, se puede evidenciar que existe una oposición clara entre las tesis, resultandos excluyentes, e irreconciliables entre sí, no obstante, en la práctica se ha evidenciado que, pese a las posturas doctrinales, se ha presentado una especie de coordinación entre la normatividad internacional y nacional, la cual no ha sido desarrollada, pero que no ha implicado una obstrucción entre las dos.

---

[445] Ibíd.
[446] Ibid.
[447] Ibid
[448] Ibid.

2.1. Convenciones de Viena de 1969 y 1985 sobre Derecho de los Tratados entre estados, entre estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí.

Ahora bien, una vez determinado las posturas doctrinales sobre cómo se interpreta el derecho internacional en el derecho local, es necesario desarrollar el cómo se desarrollan las relaciones y las tensiones que se presentan entre Derecho de los Tratados entre Estados, entre Estados y Organizaciones Internacionales, o entre Organizaciones Internacionales entre sí.

Al respecto se debe establecer que las relaciones entre estados, entre estados y organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales entre sí, se encuentran reguladas en los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena.

El artículo 26 de la Convenciones de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece el "*Pacta sunt Servanda*" según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe[449].

El articulo 27 dispone lo concerniente al derecho interno y la observancia de los tratados, precisando que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, destacando que esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46[450].

Y finalmente, el artículo 46 que establece las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, señalando los siguientes dos puntos a saber: 1. El hecho de que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, y, 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe[451].

A la luz de estos tres artículos, se puede establecer que se optó por una concepción monista con respecto al derecho internacional con excepción de una violación manifiesta de una norma fundamental de su derecho interno, en referencia a la

[449] Convención de Viena, Sobre el Derecho de los Tratados Entre Estados y Organizaciones Internacionales o Entre Organizaciones Internacionales. 1988
[450] Ibid.
[451] Ibid.

competencia para celebrar tratados[452]. En este sentido a la luz de la Convención precitada, el derecho internacional goza de jerarquía frente al derecho interno de los estados.

Malcolm N. Shaw, citado por Monroy sostiene que a pesar de las múltiples funciones que el derecho nacional cumple en la esfera del derecho internacional, se debe enfatizar que la presencia o ausencia de una norma dentro del orden interno del estado, incluyendo la Constitución, no puede ser aplicada para evadir una obligación internacional, cualquier otra solución deja al derecho internacional con carácter precario[453].

La Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las Comunidades greco-búlgaras, manifestó:

> "…es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no pueden prevalecer sobre las del tratado".[454].

En igual sentido, en el caso de los empleados ferroviarios de Dantzig, la Corte dispuso lo siguiente:

> "… puede fácilmente admitirse que, según un principio bien establecido de derecho internacional, el acuerdo, siendo un tratado internacional, no puede, como tal, crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes contratantes, de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales."[455]

En línea con lo anterior, la Corte precisó que un estado no puede invocar contra otro su propia Constitución con miras a evadir obligaciones que le incumba por el derecho internacional[456], posición que reiteró en el caso de las Zonas Francas, donde sostuvo que Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales[457].

Así las cosas, la jurisprudencia internacional ha sostenido claramente que un estado no puede alegar incumplimiento de sus disposiciones de derecho interno,

---

[452] Ibidem. Monroy.
[453] Ibid. Pp. 113
[454] Permanent Court of International Justice, Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November, Advisory Opinion 1930. para. 81. Disponible en: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1930.07.31_greco-bulgarian.htm
[455] Ibidem, Monroy.
[456] Ibid.
[457] Ibid.

incluyendo los preceptos constitucionales para negarse a cumplir un tratado, puesto que el incumplimiento acarrearía una responsabilidad internacional[458].

2.2. Recepción del derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria

Ahora bien, con respecto a las normas internacionales de naturaleza consuetudinaria, se debe determinar que, estas gozan de gran relevancia en las relaciones de los entes involucrados, en tanto, muchas de las actuaciones han cobrado validez en consideración a los usos y costumbres internacionales. En este sentido, es necesario determinar cómo son incorporadas en el derecho interno y la relevancia que gozan en dicha normatividad.

Paul de Vischer, citado por Monroy, señala cuatro grupos de cláusulas constitucionales con respecto a la incorporación del Derecho internacional de naturaleza consuetudinaria, la primera de ellas son las cláusulas que conllevan la adopción obligatoria, aunque no automática, de las reglas de derecho internacional general, este grupo implica la obligación de incorporar al derecho interno las reglas del derecho internacional general, un ejemplo de ello es el artículo 7 de la Constitución republicana española de 1931 conforme a la cual el estado español acatará las normas universales del derecho internacional general, incorporándolas a su derecho interno.

El segundo grupo, constituido por las cláusulas que consagran la adopción automática en el orden interno de las reglas de derecho internacional general, caracterizado porque los estados adoptan la norma consuetudinaria inglesa: *"Internacional Law is a part of the Law of the Land"*, es decir, que se hace de forma automática la incorporación del derecho internacional al derecho interno.

El tercer grupo de cláusulas, conformado por aquellas que establecen la adopción automática, la superioridad del derecho internacional sobre el derecho interno, e instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de este con el primero, un ejemplo de ello, es el artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, en la cual se incorpora como derecho federal todo derecho internacional general, el cual prevalece sobre las leyes, produciendo inmediatamente derechos y deberes para los habitantes del territorio.

En el último grupo las cláusulas que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas del derecho internacional general, en este grupo se

[458] Ibid.

enuncian ciertas reglas de derecho internacional general como algunos o todos los principios de derecho internacional, como se puede observar en el artículo 7 de la Constitución portuguesa de 1976[459].

2.3. Recepción del derecho convencional internacional en el derecho interno

En la mayoría de las constituciones el derecho constitucional no establece la adopción automática del tratado, sino que dispone un acto de recepción del derecho interno. El acto de recepción puede ser una mera publicación del tratado, como en el sistema francés, la orden de ejecución, caso italiano, en el cual se puede adoptar la forma de ley, decreto u orden, entendiendo que el acto de recepción es independiente de la manifestación del estado de obligarse internacionalmente por el tratado[460].

Ahora bien, en el caso colombiano, la incorporación, así como la jerarquía del derecho internacional se encuentra regulada en la Constitución Política Colombiana en sus artículos 4, 9, 53, 93, 94, 214, 224, 227 y 101.

En este orden de ideas, el artículo 4 Constitucional dispone:

> "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales"[461]

Adicionalmente el artículo 93 establece:

> "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.
>
> Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".[462]

El acto legislativo No. 02 de 2001, adicionó lo siguiente:

> "El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materiales sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él"[463].

Seguidamente, el artículo 94 de la Constitución Política de Colombia, dispone:

---

[459] Ibid.
[460] Ibid.
[461] Constitución Política de Colombia. Art. 4. 7 de julio de 1991 (Colombia).
[462] Ibid. Art. 93.
[463] Ibid.

"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"[464].

En este sentido, y en relación con dichos artículos y el cuerpo constitucional podemos realizar las siguientes precisiones:

- No se establece de forma clara y precisa la prevalencia del derecho internacional, sino que se determina a la Constitución como norma de normas
- Es posible aplicar los principios generales del derecho internacional de conformidad con los establecido en el artículo 9 de la Constitución.
- Los principios *pactan sunt servanda* y buena fe están reconocidos por el artículo 9 de la Carta Constitucional. Adicionalmente, Colombia es estado parte en las dos Convenciones de Viena, y por tanto, son derecho positivo vigente y aplicable por todos los operadores jurídicos.
- En caso de conflicto entre un tratado internacional y el derecho interno, prevalece el tratado, puesto que el estado colombiano se comprometió a cumplir dicho acuerdo internacional.
- Los artículos 4 y 93 de la Constitución pueden conciliarse cuando: i) se trate de un tratado sobre derechos humanos del cual Colombia sea estado parte; y, ii) sean tratados que reconozcan derechos humanos y prohíban su limitación en estados de excepción.
- En el derecho constitucional colombiano los tratados no tienen valor supraconstitucional.
- En caso de contraposición de una norma interna con un tratado internacional, la Corte Constitucional no puede declarar la inconstitucionalidad, por cuanto no puede contrastar la ley a la luz de un tratado. No obstante, si el estado desconoce la norma internacional incurre en responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones adquiridas[465].

De otra parte, la Corte Constitucional colombiana ha creado la doctrina del bloque de constitucionalidad, teniendo como base los artículos 4, 9, 93, 94, 214 (numeral 2), 53 y 102 de la Constitución Política. El bloque de constitucionalidad en

[464] Ibid. Art. 94.
[465] Ibidem. Monroy.

sentido estricto está constituido por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (artículo 93, C.P), y, en sentido lato, está conformado por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias[466].

En este sentido, el bloque de constitucionalidad estricto implica que los tratados constituyen fundamento para el control de constitucionalidad y pauta para interpretar los derechos y garantías constitucionales, pero no significa que tengan valor supra constitucional o nivel constitucional., por esta razón, no es posible confrontar una norma interna y un tratado en sentido constitucional. Sin embargo, se puede determinar que una violación de un tratado implica la vulneración del artículo 9 constitucional, lo que implica que, para alegar una contradicción entre ley y tratado, es necesario invocar una norma constitucional como norma trasgredida[467].

3.- El procedimiento de acuerdo mutuo como mecanismo de interpretación.

Es necesario precisar que, en un mundo con tendencia a la globalización, las negociaciones se constituyen en un mecanismo de relacionamiento y una herramienta primaria en la solución de controversias. Siendo, desde un punto de vista jurídico, la negociación una "discusión o conversaciones" entre los representantes de dos o más estados, que está encaminada a producir un acuerdo sobre un punto de interés entre los intervinientes[468]. No obstante, dada la naturaleza de los acuerdos internacionales de inversión, estos gozan de especial diferencia y preferencia con respecto a los mecanismos de solución de conflictos usualmente empleados por la comunidad internacional, en tanto, en los AII los inversionistas gozan de la facultad de accionar al

[466] Ibid.
[467] Ibid.
[468] Cfr. ARREDONDO, Ricardo, 2019. La negociación como método de solución de controversias internacionales. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. p.p. 79-109. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_03.pdf

estado receptor de la inversión, y entrar a ser parte del proceso de negociación en la solución de las controversias.

En este orden de ideas, este título se desarrollará en dos etapas, la primera de ellas haciendo relación a la obligación por parte de los estados y la comunidad internacional de solucionar sus controversias por medios pacíficos, y un asegunda etapa, tendiente a la resolución de controversias entre inversores y estados receptores de la inversión.

Ahora bien, como lo afirma Arredondo se distinguen dos modos elementales de negociaciones internacionales, la negociación como medio para la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional, y, la negociación como medio para la solución de controversias[469], adicionando una tercera constituida por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas[470].

Cabe anotar, que en el presente trabajo de investigación, nos ocuparemos de la segunda función, es decir, la negociación como medio para la solución de controversias, para lo cual se partirá de la conceptualización del término controversia, que será entendida como un desacuerdo sobre un punto de derecho o, de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos partes, conforme a lo caracterizado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto Concesiones Mavrommatis en Palestina[471]. En igual sentido, en otro asunto la Corte estimó que ello no solo implica que una de las partes considere que existe controversia de orden jurídico, sino que debe probarse que efectivamente la reclamación de las partes tropieza con la oposición manifiesta de la otra[472].

Una vez caracterizado el término controversia, resulta pertinente precisar los componentes de esta, los cuales son: i) un componente objetivo, es decir, un conflicto de intereses; ii) componente subjetivo, con respecto a los sujetos de carácter internacional (partes); y, iii) un componente formal, como la exteriorización o manifestación externa del conflicto de interés, es decir, con la presentación de la reclamación concreta que es rechazada por la contraparte[473].

Cabe aclarar, que la Carta de las Naciones Unidas emplea los términos de situación y controversia como sinónimos, sin embargo, la Corte Internacional de

[469] Ibidem. Arredondo.
[470] Ibid.
[471] Ibid.
[472] Ibíd.
[473] Ibid.

Justicia, ha sostenido que la existencia de una disputa es una cuestión de sustancia y no de forma, igualmente, ha sostenido que una controversia puede ser inferida con el silencio de un Estado frente a una pretensión, circunstancia que se entenderá como una respuesta. En igual sentido, el tribunal ha realizado la distinción entre controversia e inicio de negociaciones, toda vez que, las negociaciones sirven como medio de prueba de la existencia de la controversia y delinear su materia[474]

Adentrándonos en materia, resulta imprescindible determinar la obligatoriedad de la solución pacífica de controversias, dejando en claro que no existe en el derecho internacional, sea en convenciones o en derecho consuetudinario, una norma que determine la obligatoriedad de acudir a la negociación como medio de solución de controversias entre los estados o los sujetos de derecho internacional, ni tampoco existe otro medio que se disponga para la solución de las controversias. No obstante, existe la obligación de solucionar las controversias de modo pacífico, conforme a lo estipulado en la Carta de las Naciones Unidas y previa a la suscripción de esta, nada impedía a los estados acudir a las vías bélicas para la solución de los conflictos.

Para Arredondo este nuevo derecho surgido en la post guerra de la segunda guerra mundial tenía "características únicas"[475] imponiendo a los estados la obligación de solucionar pacíficamente sus controversias, conforme al artículo 2.3 y posteriormente, prohibiría la amenaza y el uso de la fuerza, en el artículo 2.4[476].

Considerando la ausencia de un vínculo de subordinación entre los sujetos internacionales, se da la necesidad de diseñar métodos alternativos de solución de diferencias, atendiendo la inexistencia de un órgano que centralice la aplicación coactiva de las normas, así como un órgano juzgador obligatorio, en contraposición con lo ocurrido con el derecho interno de los estados.

En igual sentido, y ante el incremento de la interacción de los distintos actores internacionales, que ha dado lugar al aumento en las controversias surge la necesidad de establecer mecanismos adecuados de solución de litigios, teniendo como finalidad la prevención del surgimiento de las disputas y si las mismas se suscitaren, lograr llegar a buen término[477].

Ahora bien, los artículos 2.3 y 33 de la Carta de las Naciones Unidas, cuyos principios fueron recogidos posteriormente en la Resolución 2625 (XXV) (AGNU,

[474] Ibíd.
[475] Ibid.
[476] Ibid.
[477] Ibíd.

declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas, 1970) y la Resolución 37/10, conocida como la Declaración de Manila (AGNU, Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales, 1982) los sujetos pueden acudir a métodos de solución de controversias, como los son, la negociación, los buenos oficios, la conciliación y la investigación, o acudir a los métodos jurisdiccionales como el arbitraje internacional o recurrir a los tribunales internacionales[478].

Al respecto el artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas, dispone que los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro la paz, la seguridad internacional ni la justicia[479].

El artículo 33 de la citada Carta ordena que las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección[480].

En consideración a lo precedente, es claro que existe una obligación legalmente vinculante de buscar la solución pacífica a la controversia. Cabe señalar, que dicha obligación es activa, en tanto, si existiere una disputa, los actores "trataran de buscarle solución", es decir, que los mismos tienen que realizar todas las acciones tendientes a una solución pacífica de la controversia, por lo que la disposición de prohibición del artículo 2.4 con respecto del uso de la fuerza, posee una sustancia activa con respecto del mandato a los sujetos internacionales[481].

En concordancia con lo precedente, la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América) respecto de la prohibición del uso de la fuerza, concluyó:

---

[478] Ibid.
[479]NACIONES UNIDAS, Carta de las Naciones Unidas. 1945. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/carta_nu.pdf
[480] Ibid.
[481] Ibid. Arredondo.

> "Si para ambas partes los principios relativos al uso de la fuerza incorporados en la Carta de las Naciones Unidas correspondían en lo esencial, a los que existían en el derecho consuetudinario internacional, por consiguiente, aceptaban una obligación convencional de abstenerse en sus relaciones internacionales de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas"[482].

Adicionalmente, en relación con el carácter consuetudinario de esta prohibición, la Corte señaló que el consentimiento respecto a esas resoluciones era una de las formas de expresión de una *opinio juris* sobre el principio del no uso de la fuerza, considerado como un principio de derecho consuetudinario internacional, independientemente de las disposiciones a que estaba sujeto en el plano convencional de la carta, especialmente las de carácter institucional[483].

Finalmente, en el referido caso la Corte recordó a ambas partes la necesidad de cooperar con las gestiones realizadas en el marco de ese proceso para lograr una paz definitiva y duradera en Centroamérica, de conformidad con el principio de derecho consuetudinario internacional que prescribe el arreglo pacífico de las controversias internacionales, consagrado también en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas[484].

Como se observa, se da notoriedad y aceptación por parte de los sujetos internacionales a la prohibición del uso de la fuerza y el carácter consuetudinario de este principio, así como la relevancia de este, en el caso de que se llegaren a presentar controversias entre los estados parte de un tratado.

Una vez determinada la obligación de los estados de recurrir a la solución de conflictos por medios pacíficos, resulta pertinente determinar las funciones que cumplirían las negociaciones como método de solución de controversias, en ese sentido Arredondo afirma que, la negociación no es un fin en sí mismo, sino una hermanita del derecho internacional para la solución de controversias, cuyo objetivo principal es la resolución de la disputa, no obstante, si no se llegara a la resolución de ésta, las partes podrán acordar la intervención de un tercero[485].

Cabe destacar, con respecto a la naturaleza del método de negociación como medio de solución de conflictos y controversias, que no existe regulación específica de

---

[482] Corte Internacional de Justicia. Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua (Nicaragua contra los Estados Unidos de América), sentencia del 1986, p. 187.
[483] Ibíd.
[484] Ibíd.
[485] Ibid. Arredondo.

derecho internacional que determine el modo en que se debe llevar a cabo la negociación, y por lo general, la misma es llevada a cabo a través de los respectivos ministerios de relaciones exteriores, o de agentes diplomáticos, y en caso especiales pueden estar acompañados de representantes de otras dependencias de los estados, así como de autoridades competentes en determinadas materias, como es el caso de autoridades medioambientales[486].

En este punto, resulta pertinente aclarar que la visión clásica de los estados como los únicos sujetos del derecho internacional público, según la cual cuando un particular extranjero considera violado sus derechos por parte de un estado, tenía que ser el estado del que era nacional el inversionista o extranjero el que accionaria en contra del estado infractor, a esto se lo denomino protección diplomática.

Esta protección diplomática consta de tres características:

i) la nacionalidad del particular que solicita la protección, lo que significa, que este debe ser considerado nacional ante el estado que se solicita la protección;

ii) la exigencia de que el particular afectado haya agotado los recursos locales del estado que se considera infractor; y,

iii) la discrecionalidad del estado de ejercer o no la protección diplomática, lo que significa, que el estado se encuentra en disposición de tomar acciones de protección o no del solicitante. Es así, como se consideraba la protección diplomática como un derecho de los estados, la cual cuando era ejercida en nombre de un particular, no delegaba este derecho, sino que se consideraba una facultad puramente estatal[487].

No obstante, existe otra postura que tiene que ver con la humanización y la privatización del derecho internacional, que se extendió a los extranjeros que reclamaban derechos fundamentales a un estado agresor, lo cual implicaba el accionar directo de los afectados.

De lo antes señalado surge la duda, sobre si la acción conferida a los particulares eran derechos derivados de los estados o derechos de los particulares, pese a ello,

[486]Ibidem. Arredondo.

[487] Universidad Externado de Colombia. Blog de Derecho de los Negocios. ¿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?. 2016. Revisado en 2021. 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/

actualmente encontramos consenso en torno a considerar que en materia de protección diplomática el ejercicio de ésta es un derecho del estado y no de particulares[488], conforme a lo determinado por el artículo 2 del proyecto de artículos sobre protección diplomática, publicado en el año 2006[489].

Seguidamente, se pueden establecer circunstancias especiales que permitieron que los particulares iniciaran acciones directamente contra un estado sin acudir a la protección diplomática, al respecto el caso Iran- United States Claims el tribunal en el año 1981 permitió que particulares reclamaran derechos de propiedad hasta por un valor de US250.000, permitiendo así que particulares cuestionaran la responsabilidad internacional de los estados agresores[490].

Ahora bien, los derechos de los que son titulares los particulares con respecto a tratados internacionales, requieren que estos cumplan tres condiciones, la primera es que sean autoejecutables, (self-executing), es decir, que no requieren la intervención de otro estado; la segunda, implica que sea expresa la voluntad de los estados de crear obligación para los particulares, adicionales a las inter-estatales; y por último, que dichas prerrogativas puedan ser reclamadas directamente por el particular[491].

Una vez determinada la negociación desde una perspectiva internacional y los sujetos internacionales, así como la obligatoriedad de esta etapa, es menester precisar que, con respecto a los acuerdos internacionales de inversión se presenta un fenómeno diferente, en tanto, sujetos que intervienen, puesto que dada la naturaleza los tratados de inversión, se da la posibilidad de intervención al inversor, quien será el encargado formular la controversia con respecto del estado receptor de la inversión, quien tendrá la oportunidad de solventar la controversia sin acudir a un tribunal de arbitramento. Esta cláusula incluida en los AII materia del presente trabajo de investigación ha sido muy

---

[488] Ibíd.

[489]NACIONES UNIDAS, Draft Articles on Diplomatic Protection, publicado en el año 2006. Articulo 2: "A State has the right to exercise diplomatic protection in accordance with the present draft articles".

[490] Universidad Externado de Colombia. Blog de Derecho de los Negocios. ¿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?. 2016. Revisado en 2021. 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/

[491] Ibíd.

cuestionada por considerar un simple periodo de espera para poder acceder a la vía arbitral, el cual solo genera un aumento los gastos de la controversia[492].

Con respecto a este periodo, existen tres posturas, en la primera se alude a que este es un requisito jurisdiccional que se debe cumplir y el demandante no podrá activar el tribunal de arbitraje hasta no haber agotado el mecanismo de acuerdo mutuo para dirimir la controversia, tal y como lo preciso el tribunal del caso CIADI No. ARB/08/4 donde destacó que los "cooling-off periods" no son meras formalidades, sino que son una cuestión seria, destacando que es un mecanismo esencial prescrito en varios tratados bilaterales de inversión que impone a las partes hacer un esfuerzo genuino de involucrarse de buena fe en negociaciones con el estado antes de acudir a arbitraje[493].

La segunda postura establece que este es un requisito de procedibilidad, no obstante, el incumplimiento de este periodo no impide hacer efectivo el acuerdo arbitral, ni supone la pérdida de la jurisdicción arbitral, en este sentido. Sobre el particular, se ha dicho que se suspende el proceso arbitral para dar cumplimiento a este procedimiento, y si se presenta un incumplimiento continuo, el mismo da lugar al rechazo de la demanda[494], tal situación tuvo lugar en el caso SGS c Pakistán, en el que el inversionista no había adelantado consultas y negociaciones con el estado inversor, y esta omisión fue presentada como objeción a la jurisdicción del tribunal, el cual asumió la jurisdicción al considerar esta etapa como un requisito puramente procedimental[495].

La tercera posición, considera que sin el desconocimiento de esta etapa como previa, si dicha etapa de consulta y negociaciones entre las partes no se llevaren a cabo, estas no pueden entorpecer el acceso al procedimiento arbitral, es decir, que el cooling-off period no puede impedir el procedimiento arbitral, y que su finalidad es simplemente la de facilitar un acuerdo entre las partes, tal y como se aprecia en el caso BiwaterGauff v. Tanzania[496].

---

[492] CASTRO PEÑA, M, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado n.° 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, p.p. 23-66. doi: https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02

[493] Murphy Exploration and Production Company International vs. República del Ecuador, Caso CIADI n.° ARB/08/4. Decisión sobre jurisdicción.

[494] Ibidem. Castro.

[495] Universidad Externado de Colombia. Blog de Derecho de los Negocios. ¿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?. 2016. Revisado en 2021. 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/

[496] Ibidem. Castro.

En suma, teniendo en cuenta el proceso de globalización y la celebración de múltiples acuerdos internacionales de inversión, el mecanismo de acuerdo mutuo en la solución de controversias de los tratados y de manera puntual la aplicación de este en los AII es una figura en desarrollo, respecto de la cual a la fecha no existe un consenso en lo atinente a la negociación entre particulares y estados agresores.

4.- El arbitraje internacional de inversión en los acuerdos internacionales de inversión

Fracasadas las negociaciones, o el proceso de arreglo directo o amistoso, o si se establecieran acuerdos parciales, el inversionista tiene la posibilidad de acudir al tribunal de arbitramento, por lo que en este acápite del trabajo de investigación realizaremos referencia puntual a las condiciones para acceder a esta jurisdicción.

En primer lugar, conviene indicar que esta etapa en los TBI o AII, generalmente la encontramos consagrada en el texto del tratado, donde de manera expresa los estados parte acuerdan que en caso de disputa, la misma será resuelta ante un foro internacional neutral como lo es el arbitraje, esta circunstancia se presenta considerando que los inversionistas no tienen certeza sobre la imparcialidad de los tribunales del país receptor, y en igual sentido los estados presentan cierta discordia con respecto a la inmunidad que les asiste en cortes extrajeras, y es allí en don radican las dos principales razones que justifican el arbitraje internacional y su papel frente a la solución de controversias referentes a las inversiones[497].

Ahora bien, las diferencias relativas a inversiones presentan características especiales que las distinguen de las controversias comerciales ordinarias, la primera es referente al monto de la controversia, en tanto, este es generalmente considerable y un segundo componente, es el político, en consideración a las características de los sujetos. En igual sentido, el arbitraje de inversiones puede afectar los aspectos de la economía del estado receptor y a su vez el ambiente de inversiones de éste[498].

El centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI) a partir de la década de los ochenta ha cobrado importancia en la solución de controversias referentes a las inversiones, al contar con un procedimiento arbitral

[497] MORALES, Dunker. 2007. Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas. 2007, visto en 2021, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/321897700_Arbitraje_Internacional_de_Inversiones_Conflictos_en_la_Aplicacion_de_Clausulas_Paraguas
[498] Ibíd.

específico para atender dichas disputas. El citado organismo internacional fue creado en virtud de la Convención de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (en adelante también referida como la "Convención del CIADI" o la "Convención"), el objeto de la Convención fue la consolidación de un foro independiente para la resolución de conflictos referentes a inversiones, y de esta forma promover la inversión extranjera y el desarrollo económico a nivel mundial.

Cabe anotar, que en 1978 se creó un mecanismo alterno dirigido a los casos que se encuentran fuera del alcance de la Convención original, en específico, a los estados no contratantes. Así mismo, conviene destacar que algunos TBI contienen alternativas diferentes al CIADI y disponen el nombramiento de un tribunal ad hoc, que se surtirá conforme a las normas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés)[499].

El CIADI, se encuentra ubicado en el Banco Mundial de Washington, y está encargado de promover la solución de controversias en materia de inversión mediante mecanismos de conciliación y arbitraje, para que las partes puedan recurrir al CIADI deben presentarse las siguientes condiciones:

i) Las partes de forma voluntaria deben de haber dispuesto someter las diferencias al CIADI,

ii) Las controversias deben haber surgido entre el estado contratante o entidad estatal y un nacional de otro estado contratante,

iii) Debe ser una disputa de carácter legal,

iv) Debe versar sobre inversiones[500].

En cuanto al reconocimiento de las decisiones bajo la convención de Washington, todo estado contratante está en la obligación de reconocer sus efectos y hacerlas ejecutables dentro de su territorio, tal y como si se tratase de una decisión final y obligatoria de una Corte nacional. La convención adiciona que los laudos proferidos bajo esta normativa no pueden ser objeto de recurso alguno bajo la ley interna del estado, pese a lo precedente, el mecanismo cuenta con las figuras de aclaración, revisión y anulación de los laudos[501].

---

[499] Ibíd.

[500] REY, Pablo, 2007. El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización. Revista de Derecho Privado, (38),3-23. fecha de Consulta 5 de agosto de 2021. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033186001

[501] Ibid. p. 38

4.1 Requisitos de procedibilidad para el arbitraje internacional de inversión.

En este punto se debe recordar que ya ha sido relacionado la etapa denominada como cooling off period en el título correspondiente a *El procedimiento de acuerdo mutuo como mecanismo de interpretación.* Por consiguiente, no se hará profundización sobre esta, sin embargo, se precisa, que existen tres posturas con respecto a dicha etapa. La primera de ellas, que determina a este periodo como una etapa meramente procesal y no jurisdiccional, razón por la cual, si se agota o no, no afecta al proceso, la segunda, que determina al cooling off period como obligatorio y por lo tanto debe ser agotada para acceder a la jurisdicción, y, una tercera postura, que considera a esta etapa como obligatoria, no obstante, según sea el caso, el adelantar esta etapa por el inversionista resultaría inútil, el tribunal podría asumir jurisdicción obviando el requisito.

Ahora bien, un segundo punto como requisito para acceder al tribunal internacional, corresponde al agotamiento de los recursos internos, el cual es un legado de la protección diplomática. Este requisito ha sido exigido cuando en derecho internacional público se ha otorgado derechos a particulares, como son los derechos humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos, bajo las cuales, para acceder a la jurisdicción internacional se debe primero haber agotado los recursos administrativos y judiciales internos que señala cada estado en particular[502].

Este requisito se ha abierto a otros escenarios, y se ha establecido como regla general, un antecedente de este lo encontramos en el caso Interhandel del año 1958, cuando la Corte Internacional de Justicia precisó que el agotamiento de los recursos internos antes de acudir a las instancias internacionales es una regla bien establecida del derecho internacional consuetudinario[503].

Sin embargo, en relación con los procesos en los cuales se involucra inversiones extranjeras, estos han sido flexibilizados, como se evidencia en la Convention Establising the Multilateral Investment Guarantee Agency, la cual en su artículo 17 dispone que el beneficiario del seguro deberá agotar los recursos administrativos internos de acuerdo con las circunstancias y cuando se tenga realmente acceso en el

[502] Ibidem. Universidad Externado de Colombia. Blog de Derecho de los Negocios.
[503] Ibidem.

estado anfitrión. Así mismo, el artículo 26 del CIADI[504], contempla la posibilidad de renunciar al requisito de agotamiento interno para proceder al arbitraje, razón por la cual, si los estados guardan silencio sobre el particular en el acuerdo, el inversionista podrá acudir a la jurisdicción arbitral sin este requerimiento[505].

Ahora bien, existe una situación en particular en la que, no obstante, se haya guardado silencio en el acuerdo, se puede imponer que se agoten los recursos locales, esto es, cuando la reclamación del inversionista versa sobre la denegación de justicia. En este caso, si dentro del derecho local existe una segunda instancia, y el inversionista tiene acceso a ésta y la misma no resulta inútil adelantarla, esta vía deberá agotarse antes de iniciar el arbitraje, de forma que el tribunal pueda determinar si se configuró la negación al acceso a la justicia[506].

De igual forma, los tribunales han sostenido que solamente se exigirá el agotamiento de este requisito cuando así lo contemple el acuerdo. No obstante, los tribunales han establecido que cuando existan razones justificables, así se haya establecido en el acuerdo el pre requisito, si la atención por parte del inversionista resulta inútil o conduce a una violación del derecho internacional, el inversionista podrá acceder directamente al arbitraje sin necesidad de agotar los recursos internos del Estado, como lo podemos observar en el caso Saipem S.P.A contra Bangladesh del año 2009, en el cual el tribunal dispuso que si bien, el inversionista no había acudido a los recursos internos y de segunda instancia, se consideraba razonable que él había agotado los medios locales, pues las temáticas objeto de arbitraje habían sido tratadas por el inversionista ante varios jueces locales por un prolongado tiempo[507].

En este punto conviene destacar lo sucedido en el caso Loewen contra Estados Unidos, en donde el tribunal no asumió jurisdicción al considerar que el inversionista ha debido de agotar todas las instancias internas ante los jueces estadounidenses. En el mencionado caso, el inversionista de nacionalidad canadiense fue condenado por las cortes locales, por una demanda interpuesta por un nacional estadounidense, que conllevo al pago de 500 millones de dólares que incluían 75 millones dólares por daño moral y 400 millones de dólares por daños punitivos, siendo probada solo por el

[504] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Artículo 26. Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio.
[505] Ibidem. Universidad Externado de Colombia. Blog de Derecho de los Negocios.
[506] Ibid.
[507] Ibid.

demandante una perdida por unos pocos millones de dólares. Esta decisión ha sido cuestionada, y se considera que el tribunal debió asumir jurisdicción puesto que debía eximirse al inversionista de agotar los recursos locales[508].

Así las cosas, se aprecia que no existe un consenso con respecto a los requisitos de procedibilidad para acceder a los tribunales de arbitramento, en tanto, el periodo denominado cooling off period cuenta con tres posturas y las mismas dependerán del caso en concreto, y de igual forma, el requisito de agotamiento de los recursos internos, dependerá de lo acordado por las partes en los tratados, y de los casos en concreto, por lo que continuará siendo objeto de discusión el momento a partir del cual los tribunales pueden asumir jurisdicción.

4.2.- Jurisdicción y competencia

Para determinar la competencia del CIADI se han establecido tres elementos que permiten delimitarla: **i)** la calidad de las partes, **ii)** la naturaleza de la controversia, y, **iii)** el consentimiento de las partes.

i) La calidad de las partes

Como actores principales, tenemos en primera instancia un estado parte de la Convención del CIADI y, por otro lado, un inversionista de otro estado parte. La calidad del inversionista coincide con la nacionalidad extranjera, es decir, este es de nacionalidad diferente al estado receptor. Este asunto cobra importancia considerando que en algunos casos se da la existencia de compañías multinacionales, de sus subsidiarias o incluso las de sus accionistas, pueden resultar de relevancia al momento de establecer límites a la competencia del tribunal con la disputa[509].

Así mismo, el inversionista puede ser una persona natural o una persona jurídica, siempre que tenga la condición de «nacional de otro estado contratante». La persona natural debe contener dos características, una condición positiva, que implica ser nacional de un estado parte, y una condición negativa, que es no ser nacional del estado receptor. El artículo 25 de la Convención exige el cumplimiento de dichas prerrogativas al momento del registro de la solicitud de arbitraje, siendo necesario esta condición para determinar que se trata de un asunto de controversia internacional, de esta forma se

[508] Ibid.
[509] MORALES, Dunker. 2007. Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas, visto en 2021, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/321897700_Arbitraje_Internacional_de_Inversiones_Conflictos_en_la_Aplicacion_de_Clausulas_Paraguas

excluye a aquellas personas que gozan doble nacionalidad tanto de parte accionante o como parte receptora[510].

Así mismo, cuando se trate de personas jurídicas, éstas deben cumplir las siguientes condiciones: a) deben tener nacionalidad de un estado contratante diferente al estado parte accionado, al momento de presentar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, o, b) si tiene nacionalidad en el estado parte en la diferencia, las partes tuvieron que haber acordado atribuirle el carácter de nacional de otro estado contratante, a los efectos de la convención[511], lo anterior conforme al artículo 25 de la Convención[512].

Adicionalmente, en cuanto al estado receptor de la inversión, se debe considerar a la fecha de ratificación del tratado y su entrada en vigor conforme el artículo 68[513]. En atención a lo precedente, se advierte que posterior al caso Holidays Inn vs. Marruecos se considera que el momento que determina la condición de parte, es la fecha de solicitud del arbitraje y no la del consentimiento, a raíz de esto, muchos AII, incorporaron una cláusula para que los inversionistas sometieran sus controversias al CIADI si un estado a futuro ratificaba la Convención[514].

---

[510] KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. RUBIO GUERRERO. Roger. El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte. 2006.

[511] Ibid.

[512] Convención de Washington, articulo. 25 (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado. (2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante": (a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes 18 Convenio hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria. (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El secretario general transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

[513] Convención de Washington, articulo. 68. (1) Este Convenio será ratificado, aceptado o aprobado por los Estados signatarios de acuerdo con sus respectivas normas constitucionales. (2) Este Convenio entrará en vigor 30 días después de la fecha del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. Entrará en vigor respecto a cada Estado que con posterioridad deposite su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, 30 días después de la fecha de dicho depósito.

[514] Ibidem. Kundmüller. Rubio.

Ahora bien, la convención no establece el criterio a tener en cuenta para identificar la nacionalidad de una persona jurídica y así determinar la jurisdicción del CIADI. Sin embargo, en el derecho internacional, se reconocen tres criterios para determinar la nacionalidad de una persona jurídica: el lugar de constitución, lugar de la sede y el criterio de control. El criterio de control se encuentra restringido en el segundo supuesto (persona jurídica con nacionalidad del estado receptor de la inversión) y los criterios de constitución y de sede en la primera parte de la norma (persona jurídica con nacionalidad de un estado contratante distinto al estado parte en la diferencia)[515].

ii) La naturaleza de la controversia

Cabe destacar, que solamente controversias relacionadas con inversión extranjera hacen parte del ámbito de aplicación de la convención, en ese sentido, el tribunal estará limitado por el contenido del contrato de inversión pertinente y los derechos y obligaciones que de este surjan[516]. Ahora, el Convenio del CIADI no establece un concepto de inversión, puesto que no se logró un consenso.

En atención a lo anterior, doctrinariamente se ha entendido que el ámbito de aplicación del artículo 25 de la convención cubre casi cualquier área o actividad económica[517]. Consecuentemente, la mayoría de AII llevan incorporadas definiciones del concepto de inversión, que suelen ir, desde listas pormenorizadas de activos protegidos, hasta listas abiertas que incluyen cualquier tipo de activos, derechos e intereses[518], un ejemplo de incorporación de definiciones lo encontramos en el TLC suscrito entre Colombia y Estados Unidos que estipula en el capítulo diez en el artículo 10.28 lo siguiente:

> "(…) inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:
>
> **a)** una empresa;
>
> **b)** acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;

[515] Ibidem. Kundmüller. Rubio.

[516] MORALES, Dunker, 2007. Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas, visto en 2021, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/321897700_Arbitraje_Internacional_de_Inversiones_Conflictos_en_la_Aplicacion_de_Clausulas_Paraguas

[517] REY, Pablo, 2007. El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización. Revista de Derecho Privado, (38),3-23. fecha de Consulta 5 de agosto de 2021. ISSN:. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033186001

[518] Ibidem

c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;

d) futuros, opciones y otros derivados;

e) contratos de llave en mano, construcción, gestión, producción, concesión, participación en los ingresos y otros contratos similares;

f) derechos de propiedad intelectual;

g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y

h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda"[519].

Tal y como se puede apreciar la competencia del CIADI se limita únicamente a aquellas controversias que versen sobre inversiones, y no existe una definición por parte de la Convención al respecto de dicho término, aunque se encuentran AII que incorporan límites dentro de sus textos, para establecer la competencia y jurisdicción del CIADI.

iii) El consentimiento de las partes.

La convención establece como requisito que las partes involucradas en las diferencias hayan aceptado la jurisdicción del CIADI, se adiciona, que la sola ratificación del tratado no constituye constancia suficiente de sometimiento al arbitraje. Este consentimiento se encuentra consagrado en el AII, o por medio de la legislación doméstica sobre inversiones.

Sobre el particular, encontramos el arbitraje Lanco Internacional Inc. c. La República de Argentina, en donde el Tribunal debía solucionar la incompetencia propuesta por Argentina, basado en la existencia de un contrato de concesión posterior que establecía un mecanismo de resolución de controversias distinto, en dicho asunto el Tribunal sostuvo que el consentimiento al arbitraje CIADI por un estado puede provenir de un tratado bilateral., por el contrario, el consentimiento del inversor, nacional del otro estado contratante, debe ser prestado por el propio inversor por escrito, dado que el consentimiento de su estado no obliga al inversor[520].

Se debe señalar que, las dos partes están facultadas para presentar una demanda en razón al AII, por una parte, los estados suscriptores del acuerdo, que pretendan interpretar una disposición ambigua y oscura del tratado, previa solución amistosa del conflicto vía negociación y los mecanismos diplomáticos pertinentes. Y, por otra parte,

---

[519] COLOMBIA- ESTADOS UNIDOS. TLC. Artículo 12.20. recuperado en 2021 de: http://www.sice.oas.org/Trade/COL_USA_TPA_s/Text_s.asp#c10

[520] Ibidem. Morales.

los inversionistas extranjeros pueden presentar directamente una petición de arbitraje en contra del estado receptor de la inversión por la violación de los derechos sustantivos establecidos un AII[521].

La innovación en relación con otros tratados es la ya anotada, donde el inversionista puede hacer valer los derechos sustantivos sin la intervención de su estado de origen, es decir, de forma directa. En este sentido a los inversionistas no solamente se les ha concedido derechos sustantivos, sino que éstos, pueden acceder a una jurisdicción neutral para protección o reparación de una inversión que se haya afectado por un estado receptor. Al respecto se ha afirmado que esta personería jurídica internacional, faculta al inversionista de funcionar de forma similar a un representante privado de la sociedad, que busca la protección de un interés público[522].

En suma, la cláusula de arbitramento implica que un estado faculta a un tribunal de arbitramento internacional, para someterse a este, en caso de presentarse diferencias en cuanto a circunstancias presentadas en razón a una inversión protegidas por el AII y ejecutadas dentro de la jurisdicción de un estado receptor por nacionales de otra parte, que puede ser un inversionista que ha declarado su aceptación a la oferta cuando se presenta un petición de arbitramento conforme a las reglas de procedimiento aplicable[523].

5. Casos relevantes de arbitraje adelantados en el CIADI que involucran Acuerdos Internacionales de Inversión de estados de la región latinoamericana

El arbitraje internacional es uno de los medios alternativos de solución de controversias, que más brinda seguridad a las inversiones de extranjeros en el marco de acuerdos internacionales de inversión, es así, como a la fecha el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha administrado 706 casos desde el primer caso registrado en el año de 1972[524].

El CIADI creado por el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados (en adelante Convenio de Washington) cuenta con dos sistemas de interpretación recurridos por los tribunales de

[521] Ibíd.
[522] Ibíd.
[523] Ibíd.
[524] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Comunicados, visto en 2021. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/el-ciadi-publica-la-carga-de-casos-del-ciadi-estadisticas-de-2018

arbitraje, el primero de ellos bajo la Convención de Washington, y el segundo es su mecanismo complementario como se ha referido previamente[525].

En el presente título se desarrollarán algunos casos de arbitramento relevantes en la región latinoamericana en relación con los AII, previo a lo cual resulta pertinente destacar que la intención del presente capítulo se centra en la interpretación de los tratados y como se realiza la misma por los tribunales de arbitramento, razón por la cual, se hará una reseña de los casos en que se han empleado los métodos de interpretación y la postura del CIADI con respecto a estos, así como el método de interpretación empleado.

Al respecto cabe manifestar que, conforme a las estadísticas presentadas para el segundo periodo del año 2021, en el CIADI, la distribución por región geográfica de todos los casos registrados en virtud del Convenio del CIADI y el reglamento del mecanismo complementario según el estado parte de que se trate, en primer lugar se encuentra Europa Oriental y Asia Central con un 26%, América del Sur con un 22%, África Sub-Sahariana un 15%, Oriente Medio y África del Norte con un 11%, Europa Occidental un 8 %, Asia del Sur y Oriental y el Pacífico un 7%, Centroamérica y el Caribe un 6%, y América del Norte (Canadá, EE.UU. y México) un 5%,[526].

Así las cosas, podemos concluir que, a la región latinoamericana incluyendo América del Sur y Centroamérica y el Caribe, corresponde el 28 % del total de los casos registrados ante el CIADI, sin incluir el porcentaje correspondiente a México, lo cual implicaría, que la región con mayores demandas al segundo periodo segundo del 2021 es la región latinoamericana.

Sin bien es cierto, existe una gran cantidad de casos que involucran la región latinoamericana, los mismos versan sobre temáticas de cumplimiento de lo pactado, no sobre interpretación de los acuerdos, razón por la cual, en el presente capítulo, nos ocuparemos de los procesos adelantados ante el CIADI que están referidos de manera puntual con la interpretación, más no sobre el incumplimiento de las disposiciones contenidas en el tratado de inversión.

---

[525] Cfr. GARCIA, Irene, 2013. Interpretación de los Acuerdos Internacionales de Inversión y Legislación Nacional por los Tribunales Arbitrales Internacionales en materia de Inversión. caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/6.pdf.

[526] CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. CARGA DE CASOS DEL CIADI — ESTADÍSTICAS. EDICIÓN 2021-2. p.p 13. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition-SPA.pdf

El primer caso al que haremos referencia es el de Mobil Corporation et al. vs. Venezuela, el cual se dio en el marco del acuerdo para el fomento y protección recíproca de las inversiones entre el Reino de los Países Bajos y la República de Venezuela, suscrito en octubre de 1991, y con entrada en vigor el 1 de noviembre de 1993. El CIADI recibiría la solicitud de arbitraje el 6 de septiembre de 2007, presentada por tres compañías estadounidenses, dos de Bahamas y una holandesa[527].

Dicha controversia se desarrolló en los siguientes términos: conforme al artículo 302 de la Constitución Política de Venezuela, que regula la industria petrolera de dicho estado y establece el monopolio del mismo[528], así como, el artículo 303 el cual señala las condiciones de la inversión privada[529], se nacionalizó la industria y solo se permitió la inversión privada, en los siguientes eventos:

i) bajo el esquema de acuerdos de operación, los cuales serían simples contratos de servicio; y,

ii) por medio de acuerdos de asociación, permitidos en "casos especiales", los que a su vez solo podían efectuarse cuando una entidad estatal contaba con participación en un total de acciones que permitiera el control de la compañía por el estado venezolano, y si el contrato suscrito fuera aprobado por el Congreso[530].

En los años noventa se presentó una apertura a la inversión extranjera con respecto al sector petrolero, siendo la empresa petrolera venezolana Petróleos de Venezuela (PDVSA) la beneficiaria de dicha inversión. En octubre de 1997 se celebró un acuerdo entre Lagoven Cerro Negro S.A. (ahora PDVSA Cerro Negro, S. A., en adelante PDVSA CN), una subsidiaria de PDVSA y Veba Oel Venezuela Orinoco GMBH (Veba), empresa incorporada en Alemania y Mobil Producción e Industrialización de Venezuela, Inc. (MPIV), una empresa estadounidense incorporada

---

[527] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, VENEZUELA HOLDINGS, B.V. MOBIL CERRO NEGRO HOLDING, LTD. MOBIL VENEZOLANA DE PETRÓLEOS HOLDINGS, INC. MOBIL CERRO NEGRO, LTD. Y MOBIL VENEZOLANA DE PETRÓLEOS, INC. CASO CIADI N.O ARB/07/27. 2014. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C256/DC4952_Sp.pdf

[528] ""Artículo 302. El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo"

[529] Artículo 303. Por razones de soberanía económica, política y de estrategia nacional, el Estado conservará la totalidad de las acciones de Petróleos de Venezuela, S.A., o del ente creado para el manejo de la industria petrolera, exceptuando las de las filiales, asociaciones estratégicas, empresas y cualquier otra que se haya constituido o se constituya como consecuencia del desarrollo de negocios de Petróleos de Venezuela, S.A.

[530] Ibidem. GARCIA, Irene. p.p 160.

en Delaware, para la producción y extracción de crudo extra pesado en la franja del Orinoco donde el tribunal de arbitramento, indicó que dicho acuerdo no creaba relación contractual alguna con la República (Bolivariana de Venezuela) y no imponía restricción alguna al derecho del gobierno para ejercer su autoridad sobre la industria petrolera.

Aunado a lo anterior, señaló que dicho acuerdo no creaba relación contractual alguna con la República (Bolivariana de Venezuela) y no imponía restricción alguna al derecho del gobierno para ejercer su autoridad sobre la industria petrolera, el acuerdo suscrito solo estipulaba compensación por Lagoven (hoy PDVSA CN), en el evento que fuesen aplicadas medidas gubernamentales "discriminatorias" que resultaran de un impacto material adverso, el cual contaba con un tope de compensación, en este caso las controversias serían regidas por el derecho venezolano y sometidas a arbitraje a la Cámara Internacional de Comercio[531].

En el año 1995 se aprobaron diversos acuerdos de "reparto de utilidades", por parte del congreso venezolano, dentro de los cuales se encuentra el acuerdo "La Ceiba" el 10 de julio de 1997, siendo Mobil Venezolana una de las partes contratantes hasta el 7 de junio de 2007[532]. El gobierno venezolano adoptaría diversas medidas con el fin de regular la industria petrolera, y en 2001 adoptó una nueva ley de hidrocarburos. En el año 2004 el gobierno incrementaría de forma sucesiva las tarifas por concepto de derechos, en mayo de 2006 se incrementaría los impuestos por extracción hasta un 33%, y finalmente en agosto del mismo año el impuesto por concepto de ingresos fue incrementado en un 50% entre otras medidas.

Adicionalmente, el 8 de enero de 2007, el presidente de la República, Hugo Chávez dispondría que todos los proyectos que operaran fuera del marco de la Ley de Hidrocarburos de 2001, entre los que se encontraban los de Cerro Negro y la Ceiba serían nacionalizados. Mediante decreto del 26 de febrero de 2007, se profirió la transformación de las asociaciones en compañías mixtas, aprobado por la Asamblea Nacional, incluyendo los proyectos precitados[533].

Venezuela Hodings fue creada en octubre de 2005 en los Países Bajos por las demandantes, en medio de todos los cambios de la industria petrolera venezolana,

[531] Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp 160
[532] Ibid.
[533] Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp 161

incorporada en el proyecto en el año 2006[534]. En ese contexto de reestructuración, se conformaron una pirámide de empresas dependiendo una de otras, resultando con el control de las dos terceras partes de la asociación Cerro Negro y del 50% de la asociación de la Ceiba. Es necesario señalar que, el control originario recaía en Mobil (Delaware), con la incorporación y control en los Estados Unidos, quien ejercía el control a través de Venezuela Holdings[535].

Los temas relevantes sometidos ante la jurisdicción del tribunal de arbitramento fueron dos:

1) En razón al decreto venezolano con fuerza de ley número 356 para la promoción y protección de las inversiones del 3 de octubre de 1999 (en adelante ley venezolana de inversión o LVI).
2) En razón al APPRI Venezuela - Países Bajos[536].

En este orden de ideas, el tribunal inició estableciendo si era o no competente para conocer de la controversia, para ello interpreto el contenido del artículo 22 de la LVI, el cual disponía que:

> "Las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente"[537].

Una vez vista la norma, se evidencian fallas en el precepto, las cuales surgen a partir de la construcción de la propia norma, en tanto, cuenta con una escasa técnica jurídica, traduciendo dichas falencias en interpretaciones opuestas con respecto al sentido de esta norma nacional[538].

El tribunal aclaró que las leyes nacionales son declaraciones unilaterales de los estados, de esta forma el CIADI decidió interpretar la norma respecto a su concepción como declaración unilateral sometida a la luz del derecho internacional. Sobre el particular, el tribunal señaló:

---

[534] Ibid.
[535] Ibid.
[536] Ibid.
[537] Ley de Promoción y Protección de Inversiones, 3 de octubre de 1999. Gaceta Oficial N° 5.390 Extraordinario de fecha 22 de octubre de 1999. Artículo 22 (Venezuela)
[538] Ibidem. GARCIA pp. 170 - 171

"It is on the basis of those rules of international law governing the interpretation of unilateral acts formulated within the framework and on the basis of a treaty that this Tribunal will now proceed to the interpretation of Article 22 of the Investment law[539].

Adicionalmente, precisó:

"The Tribunal must add that the fact that domestic law and the international law of treaties are not controlling or dispositive does not mean that they should be completely ignored:

i. As stated in the preceding paragraphs, when tribunals interpret unilateral acts, they must have due regard to the intention of the State having formulated such acts. In this respect domestic law may play a useful role.

ii. Although the law of treaties as codified in the Vienna Convention is not relevant in the interpretation of unilateral acts, the provisions of that Convention may "apply analogously to the extent compatible with the sui generis character" of unilateral acts[540]

En ese sentido, podemos conceptualizar el artículo 22 de la LVI y establecer su contenido de la siguiente forma:

i) En primer lugar, este artículo establece que las controversias que surjan entre un inversionista internacional, sin embrago, esta redacción omite expresiones complementarias que den a entender que la disputa se dará entre el inversionista y el estado, por cuanto no se evidencia expresiones como "y el estado o una de sus entidades de estado" o algo similar, considerando que la palabra "entre" obliga a la existencia de dos partes o más. En razón a la ausencia, el tribunal decidió que la falta debería ser complementada considerando los AII celebrados por Venezuela, estableciendo de esta forma que esto debería ser construido para cubrir disputas originadas entre un inversor internacional y Venezuela a los que les sean aplicables los AII, siendo empleada la analogía derivada del AII relevante al caso como medio para complementar la ausencia[541].

El tribunal señaló:

"In this compound text, one observes that there is no mention of the parties to the disputes in question. With respect to BITs, Article 22 refers to disputes arising "between" an international investor. One would have expected that, after the word "between", mention would have made not of one of the Parties, but of the two parties to the dispute. This is not the case and

[539]International Centre for Settlement of Investment Disputes. Decision on Jurisdiction in the proceeding between, Mobil Corporation, Venezuela holdings, b.v., Mobil Cerro Negro holding, ltd., Mobil Venezolana de Petróleos Holdings, inc., Mobil Cerro Negro, ltd., and Mobil Venezolana de Petróleos, inc. Vs. Bolivarian Republic of Venezuela. Case no. arb/07/27. pp. 27. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0538.pdf

[540] Iidem. pp. 28

[541]Ibidem. GARCIA, pp. 171

the text must be completed in the light of BITs. A priori it could be construed as covering disputes between an international investor and Venezuela to which BITs are applicable"[542].

ii) Seguidamente, la norma establece tres campos de controversias: a) disputas entre un inversor extranjero nacional del estado que haya suscrito el APPRI, b) controversias en las cuales se les sea aplicables la Convención de la MIGA, y, c) disputas aplicables a la Convención CIADI[543].

El tribunal considero:

"In this respect, the Tribunal notes that the disputes which Article 22 mentions "shall be submitted to international arbitration" subject to certain conditions. Article 22 thus creates a conditional obligation relating to the settlement of those disputes. Disputes covered by the text are: (i) disputes arising between an international investor whose country of origin has a BIT in effect with Venezuela; (ii) disputes to which the provisions of the MIGA Convention are applicable; (iii) disputes to which the ICSID Convention is applicable[544]."

iii) En tercer lugar, existe confusión en relación con el párrafo que establece que "serán sometidas al arbitraje internacional" el cual contiene las siguientes condiciones; a) en los términos del respectivo tratado o acuerdo, y, b) si así éste lo establece[545].

Sobre el particular, el tribunal indicó que no es posible una interpretación textual de la norma, en tanto, la misma presenta ambigüedades que imposibilitan darle sentido, acudiendo claramente a otras reglas de interpretación, para lo cual manifestó:

"In a number of cases concerning unilateral declarations, the International Court of Justice decided that it "cannot base itself on a purely grammatical interpretation of the text". Facing an ambiguous and obscure text, the Tribunal is in the same situation in the present case and has to look further[546].

Es así, como una vez establecido que no se puede acudir a la interpretación gramatical del artículo 22 de la LVI, el tribunal procede a dar aplicación a la interpretación en razón al efecto útil. No obstante, el tribunal deberá comprobar que esta regla es igualmente aplicable a declaraciones unilaterales de un estado, en razón al artículo precitado. En ese sentido existen dos posiciones respecto a cómo deben interpretarse las declaraciones unilaterales:

i) Por una parte, está la defendida por el tribunal en el caso SPP vs Egipto, donde dio aplicación al principio de efecto útil de la norma, en razón al artículo 31 de la Convención de Viena, y,

---

[542] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 29-30
[543] Ibidem. GARCIA, pp. 172
[544] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 29
[545] Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp. 172
[546] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 31

ii) La contemplada por la Corte Internacional de Justicia en el caso Fishieries (España vs Canadá) en donde se determinó que la interpretación de declaraciones unilaterales de los estados debe ser interpretadas de manera compatible con lo buscado por el estado que la admita.

Sobre el particular, el Tribunal sostuvo:

> "For such declaration «what is referred to in the first place... is that it should be interpreted in a manner compatible with the effect sougth» by the State making it".

En este sentido el tribunal asiente con la postura de la CIJ de tal forma que se interpreta la LVI con esta posición, es decir, que se interpreta el artículo 22 conforme al efecto que Venezuela le quiso dar, la Corte sostuvo que:

> "This Tribunal agrees with this ruling. Thus in order to interpret Article 22, it will now consider its context, the circumstances of its preparation and its purpose in order to try to determine what was the intention of Venezuela when adopting Article"[547].

En este punto se evidencia que el tribunal de arbitramento en relación con los vacíos de la norma contempla que estos deben llenarse conforme a lo establecido en los AII celebrados por Venezuela, además de señalar que el vacío interpretativo debe ajustarse a las declaraciones unilaterales del estado y que no es procedente la aplicación del método teleológico, sino que se debe acudir al contexto nacional venezolano[548]. El tribunal acudirá a los fines y propósitos del LVI, remitiéndose al artículo 1, el cual establece:

> "ARTICULO 1. Este Decreto-Ley tiene por objeto proveer a las inversiones y a los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, de un marco jurídico estable y previsible, en el cual aquellas y éstos puedan desenvolverse en un ambiente de seguridad, mediante la regulación de la actuación del Estado frente a tales inversiones e inversionistas, con miras a lograr el incremento, la diversificación y la complementación armónica de las inversiones en favor de los objetivos del desarrollo nacional[549].

La LVI establece una cláusula general de prohibición de trato discriminatorio entre inversores nacionales y extranjeros y las inversiones de ambos, siendo estos preceptos similares a las disposiciones contenidas en algunos AII. Así mismo, el artículo 2, ámbito temporal de aplicación de la ley; artículo 3, definiciones; artículo 6, trato justo y equitativo a inversores e inversiones internacionales; artículo 7, trato nacional a inversores extranjeros; artículo 8, trato no discriminatorio; artículo 9, trato de la nación más favorecida a inversores extranjeros; artículo 11, confiscaciones y

[547] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 33
[548] Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp. 176
[549] Ibidem. Ley de Promoción y Protección de Inversiones, Articulo 1

expropiación de la LVI comparte similitud con las disposiciones de los acuerdos internacionales de inversión[550].

También contiene disposiciones atípicas a un AII, por ejemplo, la pactada en el artículo 5, en el primer párrafo que señala:

> "No obstante lo previsto en los artículos 8 y 9 del presente Decreto Ley, las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutarán solo de la protección concedida por este Decreto Ley, hasta que entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de la nación más favorecida[551]".

Teniendo en cuenta este marco, el tribunal procedió a analizar si el estado venezolano a través de la redacción del artículo 22 de la LVI otorgo consentimiento para someterse a la jurisdicción del CIADI, de acuerdo a lo demandado por el artículo 25 del Convenio de Washington, para lo cual analizó la postura del estado venezolano vis vis-à-vis con el arbitraje internacional, recordando que Venezuela previamente ha tenido experiencias con procedimientos arbitrales, los cuales desembocaron en conflictos al interior del país respecto a la realización de estos medios alternos de solución de controversias[552].

En igual sentido, enunció los conflictos fronterizos con Colombia y la República de Guyana, los cuales resultaron a favor de sus contrapartes. Además, el tribunal señaló que el arbitraje ad hoc que se dio con la intervención militar de Alemania, Italia y Reino Unido con el fin de ejecutar algunos créditos contractuales, se dieron como resultado de la doctrina Drago[553] que resultó en la Convención de 1907[554], la cual limitó el uso de la

---

[550] Ibidem. GARCIA, Irene. pp. 176

[551] Ibidem. Ley de Promoción y Protección de Inversiones, Artículo 5

[552] Cfr. . CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 34. Parrafo 124: "The Parties further seek to interpret the Investment Law in the context of Venezuela's attitude vis-à-vis arbitration. The Respondent stresses that that attitude has always been and remains cautious and restrictive. By contrast, the Claimants contend that a proarbitration environment was prevailing in 1999. For each of the Parties, Article 22 must be interpreted in the light of the attitude thus put forward".

[553] "Propuesta por canciller Luis María Drago, esta contempla que:1) Que los títulos de empréstitos no representan una obligación contractual del Estado emisor, y son comparables a un contrato privado; 2) La emisión de un empréstito es un acto soberano del Estado; 3) La soberanía escapa a todo control y no puede acusarse a un Estado por denegación de justicia; 4) La deuda pública, y esta parte es el tema central del asunto, no puede dar lugar a la intervención armada, ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea". Véase en: Díaz Müller, Luis Teodoro. El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial. 2004. Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1338-el-derecho-al-desarrollo-y-el-nuevo-orden-mundial .

[554] Convención sobre la limitación del uso de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, firmada en La Haya el 18 de octubre de 1907, declaraba la necesidad de acudir a un procedimiento de arbitraje, permitiéndose la guerra sólo en el caso de que el Estado deudor se negara a seguir dicho proceso o lo hiciera inefectivo. Véase. https://www.dipublico.org/109748/convenio-relativo-a-la-limitacion-del-

fuerza para el cobro de deudas contractuales, que favoreció la incorporación de la cláusula Calvo en contratos de concesión, mediante los cuales los inversionistas extranjeros se comprometían a no solicitar protección de su país de origen[555].

En este punto se hace necesario recordar que dichas circunstancias fueron propias de los países latinoamericanos en los años ochenta, no obstante, para poder contextualizar el artículo 22 de la LVI, se debe acudir a la fecha de expedición del mismo, es decir, a finales de los años 90, donde se presentó una apertura política encaminada a la inversión extranjera, propia de todos los países de la región, es así como Venezuela ratificó el Convenio de Washington el 2 de mayo de 1995 con efectos al 1 de junio del mismo año, para el año 1999, fecha en que entró en vigor la LVI, Venezuela tenía en vigor 16 AII con diferentes países[556], entre los cuales se incluía los Países Bajos, de lo cual podemos concluir que Venezuela al momento de expedir la norma en cuestión, contaba con la experiencia en la suscripción de tratados y acuerdos internacionales[557] de inversión en los que se otorgaba competencia al CIADI[558].

Ahora bien, en relación con el contexto nacional, la Constitución venezolana de 1999, en su artículo 253, párrafo tres, sobre el sistema judicial venezolano, dispone:

---

empleo-de-la-fuerza-para-el-cobro-de-deudas-contractuales-segunda-conferencia-de-la-paz-la-haya-18-de-octubre-de-1907/

[555] Cfr. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 34. Párrafo 124:" The Tribunal first observes that Venezuela had some experience of arbitration at the end of the 19th and the beginning of 20th century which generated hostility in the country towards this form of settlement of disputes. Its boundaries with Colombia86 and the now Republic of Guyana 87 126. The Constitution of Venezuela of 1999 describes in its Articles 253 to 261 "the judicial power and the system of justice" of Venezuela. Article 253 recognizes that "the alternative means of justice" are part of that system and Article 258, after having were fixed at that time by two arbitral awards favourable to its neighbours, the validity of which was contested. Moreover in 1902, Venezuela had to face a military intervention by Germany, Italy and the United-Kingdom seeking to collect unpaid debts and had to accept the establishment of Mixed Commissions in charge of fixing the indemnities to be paid to its foreign creditors. Those events led to the formulation of the Drago doctrine and the Drago-Porter Convention of 1907 prohibiting the use of force for the recovery of contractual debts. It also favoured the insertion in concession contracts of the Calvo clause under which the investor commits itself not to ask for diplomatic protection by its State of origin".

[556] Estos son: Argentina 1993, Barbados 1995, Canadá 1998, Chile 1995, República Checa 1996, Dinamarca 1996, Ecuador 1995, Alemania 1998, Lituania 1996, Países Bajos, 1993, Paraguay 1997, Portugal 1995, España 1997, Suecia 1998, Suiza 1994 y Reino Unido 1996

[557] Entre los cuales destacan; APPRI Venezuela-Argentina, artículo 11, nr. 3 (a); APPRI Venezuela-Costa Rica, artículo 11, Nr. 2 (a); APPRI Venezuela-Ecuador, artículo 9, núm. 10 (aunque Ecuador denunció el Convenio de Washington el 6 de julio del 2009 y no es miembro desde el 7 de enero del 2010; APPRI Venezuela-Barbados, artículo 8, núm. 1; APPRI Venezuela-Lituania, artículo 7, nr. 2; APPRI Venezuela-Uruguay, artículo 9, párrafo 3; APPRI Venezuela-Paraguay, artículo 9, núm. 3; APPRI Venezuela-República Checa, artículo 8, nr. 2; APPRI Venezuela-Belgo-Luxemburgués, artículo 9, núm. 3; APPRI Venezuela-Canadá, artículo XI, nr. 4 (a) CIADI y (b) mecanismo complementario, pues Canadá no ha ratificado su adhesión al Convenio de Washington; APPRI Venezuela-Dinamarca, artículo 9, núm. 2 (a); APPRI Venezuela-Francia, artículo 8, núm. 2; APPRI Venezuela-Alemania, artículo 10, núm. 2; APPRI Venezuela-Países Bajos, artículo 9, núm. 1; Entre otros.

[558] Cfr. GARCIA, Corona. pp. 180-181

"El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio"[559].

Adiciona el tribunal de arbitramento que el artículo 258, de la Constitución venezolana prevé que la ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos, tal y como se aprecia a continuación:

"The Constitution of Venezuela of 1999 describes in its articles 253 to 261 "the judicial power and the system of justice" of Venezuela. Article 253 recognizes that "the alternative means of justice" are part of that system and Article 258, after having mentioned "justice of peace", provides that "the law shall promote arbitration, conciliation, mediation and other alternative means of dispute settlement"[560].

Adicionalmente, en concordancia con lo precedente, el artículo 155 de la Constitución venezolana, establece:

"En los tratados, convenios y acuerdos internacionales que la República celebre, se insertará una cláusula por la cual las partes se obliguen a resolver por las vías pacífica reconocidas en el derecho internacional o previamente convenidas por ellas, si tal fuere el caso, las controversias que pudieren suscitarse entre las mismas con motivo de su interpretación o ejecución si no fuere improcedente y así lo permita el procedimiento que deba seguirse para su celebración[561]".

En este sentido, se evidencia que la Constitución de Venezuela, reconoce el arbitraje como medio de solución de controversias, no obstante, los artículos 151 y 152 presentan oposición a la inversión extranjera, como se puede observar en los textos de estos:

"Artículo 151. En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras"[562].

---

[559] Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del 15 de diciembre de 1999, publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 36.860de la República Bolivariana. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf

[560] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 34-35. Parrafo 126

[561] Ibidem. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Articulo 155

[562] Ibidem. Articulo 151

"Artículo 152. Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad. La República mantendrá la más firme y decidida defensa de estos principios y de la práctica democrática en todos los organismos e instituciones internacionales"[563]".

Pese a la falta de técnica jurídica del precitado artículo, la LVI promulgada por el ejecutivo venezolano, no pretendía presentar una cláusula unilateral de consentimiento a la jurisdicción del CIADI, sino, en casos de un tratado internacional, que así lo previera como foro para solucionar sus conflictos[564], primero, nos remitiremos a lo contenido en el artículo 5o. de la LVI que a la letra señala:

"Artículo 5. Los tratados o acuerdos que celebre Venezuela podrán contener disposiciones que ofrezcan una protección más amplia a las inversiones que la prevista en esta Decreto-Ley, así como mecanismos de promoción de inversiones distintos a los aquí consagrados. La vigencia y aplicación de los tratados, convenios y acuerdos de promoción y protección de inversiones ratificados por Venezuela no serán afectadas por lo previsto en este Decreto-Ley.

Parágrafo Primero: No obstante lo previsto en los artículos 8º y 9º del presente Decreto-Ley, las inversiones y los inversionistas internacionales cuyos respectivos países de origen no tengan vigente con Venezuela un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones, disfrutarán sólo de la protección concedida por este Decreto-Ley, hasta tanto entre en vigencia un tratado o acuerdo de promoción y protección de inversiones con su respectivo país de origen, que prevea a este respecto una cláusula de trato de nación más favorecida.

Parágrafo Segundo: En la negociación de tratados y acuerdos de promoción y protección de inversiones, el Estado procurará asegurar la mayor protección posible a las inversiones y a los inversionistas venezolanos en el o los países con los cuales se negocien esos tratados y acuerdos, y garantizarles un trato no menos favorable que el que se prevea en los mismos a las inversiones y a los inversionistas de dicho país o países, en Venezuela[565]".

En este sentido, el artículo 22 en conexión con el contenido del artículo 5, en su preámbulo y su párrafo, presentan una relación directa entre la intención de otorgar un trato más favorable a inversores extranjeros cuyos países de origen tengan suscritos tratados con Venezuela. En igual forma, el artículo 22 contiene la frase "serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo si

[563] Ibidem. Articulo 152
[564]Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp. 183
[565] Ibidem. Ley de Promoción y Protección de Inversiones, Articulo 5

así éste lo establece". De este modo, si se interpreta la ley en conjunto, resultaría contradictorio pensar que se otorga un trato favorable en términos procesales a otros estados miembros del CIADI, cuyo estado no hubiera suscrito el APPRI con Venezuela[566].

Así las cosas, una redacción correcta y ajustada al artículo 22 de la LVI sería la señalada por García en su obra interpretación de los acuerdos internacionales de inversión y legislación nacional por los tribunales arbitrales internacionales en materia de inversión, en los siguientes términos:

> "Las controversias que surjan entre un inversionista internacional y República Bolivariana de Venezuela (Venezuela), cuando el país de la nacionalidad del inversionista tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo internacional, podrán ser sometidas al arbitraje internacional en los términos del (1) Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (IMGI- MIGA) o del (2) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando dicho tratado o acuerdo internacional así lo establezca; sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda[567]".

En concordancia con lo precitado, el tribunal de arbitramento en el caso Mobil Corporación vs. Venezuela se declaró competente y dispuso:

> "The Tribunal thus arrives to the conclusion that such intention is not established. As a consequence, it cannot conclude from the ambiguous text of Article 22 that Venezuela, in adopting the 1999 Investment Law, consented in advance to ICSID arbitration for all disputes covered by the ICSID Convention. That article does not provide a basis for jurisdiction of the Tribunal in the present case[568]".

En este caso el tribunal si bien es cierto declinó su jurisdicción basada en el artículo 22 de la LVI, asumió competencia y jurisdicción con base en el artículo 9 del AII[569], celebrado entre Venezuela y los Países Bajos sobre las reclamaciones

---

[566] Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp. 184
[567] Ibidem.
[568] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 38-39. Párrafo 140
[569] Este dispone que: Artículo 9 1) Las controversias entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante respecto a una obligación de la primera bajo el presente Convenio en relación a una inversión de la última, serán sometidas, a solicitud del nacional interesado, al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión, a fin de ser resueltas mediante el arbitraje o la conciliación bajo la Convención para el Arreglo de Controversias de Inversión entre Estados y Nacionales de otros Estados abierta para la suscripción en Washington el 18 de marzo de 1965. 2) Mientras la República de Venezuela no se hiciere Estado Contratante de la Convención mencionada en el párrafo 1 de este Artículo, las controversias referidas en dicho párrafo serán sometidas al Centro Internacional para el Arreglo de Controversias de Inversión bajo las Reglas que Rigen la Facilidad Adicional para la Administración de Procedimientos por el Secretario del Centro (Reglas de Facilidad Adicional). 3) El laudo arbitral se limitará a determinar si existe un incumplimiento por la Parte Contratante de sus obligaciones bajo el

presentadas por Venezuela Holdings (Países Bajos), Mobil CN y Mobil Venezolana (Bahamas), determinando que las presuntas violaciones al citado AII se basen en este, y tienen su origen después del 21de febrero de 2006 para el proyecto Cerro Negro, posterior al 23 de noviembre de 2006, para el proyecto Ceiba y en relación con las medidas de nacionalización tomadas por el gobierno venezolano[570].

Sobre el particular, el tribunal indicó:

> "a) Has jurisdiction under the ICSID Convention and the BIT with respect to any dispute born after 21 February 2006 for the Cerro Negro project and after 23 November 2006 for the La Ceiba project, and in particular with respect to the pending dispute relating to the nationalisation of the investments;
>
> b. has no jurisdiction under the ICSID Convention and the BIT with respect to any dispute born before those dates".

Cabe precisar, que el tribunal declinaría su jurisdicción con respecto a Mobil Corporation (Delaware) considerando que dicha empresa es de nacionalidad estadounidense, razón por la cual solo tiene la posibilidad de presentar sus reclamaciones originadas en el artículo 22 de la LVI, y sus reclamaciones no pueden realizarse con fundamento en el AII celebrado con los Países Bajos[571]. Al respecto, el tribunal indicó:

> "Finally, the Tribunal notes that Mobil Corporation has only raised claims on the basis of Article 22 of the Investment Law and not on the basis of the BIT. In § 140 above, the Tribunal has concluded that Article 22 of the Investment Law does not provide a basis for jurisdiction in the present case. As a consequence, the Tribunal has no jurisdiction over the claims of Mobil Corporation, which will thus not be a Party to the continuation of these proceedings"[572].

Ahora bien, el tribunal aplicó la prueba de control (control de test) de la composición accionaria de Venezuela Holding (Países Bajos), considerando la definición de inversor contenida en el APPRI Venezuela-Países Bajos en su artículo 1 (b) (ii) y (iii) que a la letra dice[573]:

---

presente Convenio si tal incumplimiento de obligaciones ha causado daños al nacional interesado y, en tal caso, el monto de la compensación. 4) Cada Parte Contratante por medio de la presente otorga su consentimiento incondicional para que las controversias sean sometidas en la forma prevista en el párrafo 1 de este Artículo al arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones de este Artículo. 5) El laudo arbitral estará basado en: - las leyes de la Parte Contratante respectiva; - las disposiciones del presente Convenio o demás Convenios pertinentes entre las Partes Contratantes; - las disposiciones de convenios especiales relacionados con la inversión; - los principios generales del derecho internacional; y las normas jurídicas que pudieren ser convenidas por las partes de la controversia. APPRI Venezuela – Paises Bajos

[570] Ibidem. GARCIA, Irene. p.p. 192.

[571] Ibidem.

[572] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 38-39. Parrafo 207

[573] Ibidem. GARCIA, Corona, Irene. pp. 193.

"For the purpose of this Agreement [...]

"(b) The term "nationals" shall comprise with regard to either Contracting Party:

i) national persons having the nationality of that Contracting Party;

ii) legal persons constituted under the law of that Contracting Party;

legal persons not constituted under the law of that Contracting Party, but controlled, directly or indirectly, by natural persons as defined in (i) or by legal persons as defined in (ii) above"[574].

Venezuela pretendió desestimar dicho razonamiento usando la interpretación del artículo 25 del Convenio de Washington[575], sin embargo, el tribunal estableció que dicho artículo no apoya la teoría de control[576], ni la de la incorporación[577], sino que esta interpretación debería surtirse entre las partes, siendo en este caso Venezuela y los Países Bajos quienes decidirían quien sería inversor en los términos del artículo del AII[578]. Sobre el particular, el tribunal manifestó:

"However the Article 25 (b) (i) does not impose any particular criteria of nationality (whether place of incorporation, siège social or control) in the case of juridical persons not having the nationality of the Host State. Thus the parties to the Dutch-Venezuela BIT were free to consider as nationals both the legal persons constituted under the law of one of the Parties and those constituted under another law, but controlled by such legal persons. The BIT is thus compatible with Article 25 of the ICSID Convention"[579].

Seguidamente, el tribunal conceptualizó sobre los términos de inversión directa e indirecta, estimando que dicha circunstancia no se encontraba contemplada en el AII. Después, analizó los conceptos de abuso de derechos y ley aplicable, haciendo alusión a los conceptos de buena fe, abuso de derecho y abuso de poder. El tribunal hizo alusión a los casos de Tokios Tokeles vs. Ucrania, Aguas del Tunari vs. Bolivia y Phoenix vs.

---

[574] Ibidem

[575] Convenio de Washington Artículo 25 (2) (b)" (2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante":... (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero".

[576] La teoría del control, Kontrolltheorie o control theory de una persona jurídica apoya la pertenencia social (a la que llamaremos nacionalidad porque las personas jurídicas no tienen nacionalidad sino pertenencia a un Estado), de una empresa, está ostentada por el control de sus accionistas, por ejemplo, aunque una persona jurídica haya sido incorporada en el Estado "A", puede ser que el verdadero control de ella esté ejercido por nacionales (sean personas físicas o jurídicas) del Estado "B". . GARCIA, Corona, Irene

[577] La teoría de la incorporación societaria, siège social, Sitztheorie o Incorporation theory de una persona jurídica defiende el lugar en que se incorporó una sociedad para determinar su nacionalidad o pertenencia social. . GARCIA, Corona, Irene

[578] Ibidem. Garcia

[579] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 42-43. Párrafo 207

República Checa, concluyendo que no existe unificación de criterios para determinar si existe abuso o no de derecho[580].

Posteriormente, el tribunal haría un histórico de la reestructuración societaria de las empresas involucradas, de importancia fue la creación de Venezuela Holdings el 27 de octubre de 2005, quien el 21 de febrero de 2006 adquirió todas las acciones de Mobil CN Holding (Delaware), y el 23 de noviembre todas las acciones de Mobil Venezolana Holdings (Delaware), siendo la adquisición de las acciones la forma como Venezuela Holdings se introdujo a los proyectos de Cerro Negro y la Ceiba[581].

El tribunal en este asunto procedió a determinar si la nueva estructura de la empresa fue legítima planeación societaria, o si hubo abuso de derecho, señalando que, todo depende de las circunstancias concretas en que se dieron los hechos, pues no existía obligación de obtener aprobación del gobierno venezolano para la reestructuración societaria de las empresas, además que Mobil Cerro Negro había notificado al gobierno venezolano de la restructuración y dicho país no reaccionó frente a esas notificaciones ni objeto las mismas[582]. Finalmente, el tribunal determinó que la actuación de la empresa Venezuela Holdings fue una estrategia de planeación corporativa legítima[583].

En este orden de ideas, una vez realizado el análisis del caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela, a profundidad y observando cómo fueron aplicados los métodos de interpretación por parte del tribunal del CIADI, a continuación, relacionaremos algunos casos en los cuales se ha visto involucrado el estado colombiano, realizando un resumen de estos a partir de la información que se ha dado a conocer, la cual podría llegar a diferir de la información oficial cuando esta sea difundida[584].

A la fecha se tiene conocimiento de un total de 16 casos en los cuales se ha vinculado al estado colombiano, entre los que se tienen los siguientes demandantes: South32 SA Investments Limited, Neustar, Inc., Amec Foster Wheeler USA

---

[580] Ibidem. Garcia, pp. 193.

[581] Ibidem. CIADI. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 51. Párrafo 186. Initially, Mobil investments in Venezuela were structured as follows: (i) Mobil (Delaware) owned 100% of Mobil CN Holding (Delaware), which in turn owned 100 % of Mobil CN Holding (Bahamas), which has a 41 2/3 % participation in the Cerro Negro Association. (ii) Mobil (Delaware) also owned 100 % of Mobil Venezolana Holding (Delaware), which in turn owned 100 % of Mobil Venezolana (Bahamas), which had a 50 % participation in the La Ceiba Association.

[582] Ibidem. García. Irene. pp. 193

[583] Ibidem. Garia. Corona, Irene. pp. 193

[584584] Castro Peña, M, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio, p.p. 23-66. doi: https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02

Corporation, Process Consultants, Inc., and Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc., Glencore International A.G., C. I. Prodeco S.A., and Sociedad Portuaria Puerto Nuevo S.A., Angel Samuel Seda and others, Gran Colombia Gold Corp., Galway Gold Inc., Red Eagle Exploration Limited, Astrida Benita Carrizosa, Telefónica, S.A., Naturgy Energy Group, S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.), Carlos Rios and Francisco Javier Rios, Eco Oro Minerals Corp., Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A., América Móvil S.A.B. de C.V., y SGS Société Générale de Surveillance S.A.; seis de los casos antes referidos se encuentran concluidos y los demás por resolver[585].

Cabe resaltar que, a la fecha del presente trabajo, y dada la reserva con el tratamiento de los casos, no se cuenta con más información de los procesos, y de relevancia solo se encuentra publicada la decisión sobre anulación del caso CIADI no. ARB/16/6, que tiene como demandante, Glencore International AG y CI Prodeco S.A, que versa sobre incumplimientos de la parte demandada y no sobre conflictos de interpretación. En este sentido se procede a reseñar algunos casos a partir de la información que se tiene de los mismos.

El primer caso que reseñaremos será el caso CIADI n.º arb/16/6 Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. (en adelante "Prodeco") v. República de Colombia, demanda presentada ante el CIADI el 16 de marzo de 2016 invocando el artículo 37 (2)(a) de la Convención de Washington, como árbitros fueron reconocidos Óscar Garibaldi seleccionado por la multinacional, Christopher Thomas por Colombia y como presidente Juan Fernández-Armesto[586].

La reclamación realizada por Prodeco versa sobre la sanción impuesta por la Contraloría General de la República, por los ajustes hechos sobre los cálculos para liquidar las regalías y compensación por ingresos brutos, los cuales se encontraban pactados en el otrosí n.º 8 del Contrato 044/89 de concesión minera del proyecto Calenturias, firmado en el año 2010. La Contraloría General en el año 2015 sancionó a Prodeco, al ministro de Minas y Energía, al director de Ingeominas y al director técnico de esta entidad, a pagar el valor de $60.023 millones, a razón de la disminución de ingresos por regalías en favor del Estado, obligando de esta forma a la renegociación del

[585] CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. CIADI. 2021. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/es/cases/search-cases
[586] Ibid.

contrato por no contar con los estudios previos, ni la planeación suficiente para la contratación. Las sumas fueron canceladas por la demandante, en tanto, la compañía buscaba evitar la caducidad del contrato, a pesar de considerar que estaba ante un detrimento patrimonial[587].

La multinacional consideró que las negociaciones mejorarían las inversiones con planes de expansión que buscaban aumentar la producción y construcción de un puerto, pues si bien el valor de las regalías disminuía en los primeros años, posteriormente, ese valor se compensaría con el incremento de la producción de carbón en el Cesar[588].

En este punto resulta pertinente precisar que se desconoce los fundamentos de la demanda, no obstante, se destacan dos cláusulas relevantes del AII Suiza-Colombia, la primera de ella es la cláusula paraguas, consignada en el artículo 10.2[589] del texto y la expropiación indirecta del artículo 6[590].

En primer lugar, se advierte la obligación del Estado Colombiano con respecto a lo contratado con la parte, de conformidad con el artículo 6 del tratado. Adicionalmente, la aplicación del artículo 10.2 solo es posible cuando exista una controversia que se dé por escrito entre el gobierno central o sus agencias, con respeto a una inversión específica, por lo que, si se invocara la aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena, la misma no sería procedente, en tanto, la controversia se suscita en la multa impuesta por un órgano de control y no sobre el contrato en sí mismo[591].

No obstante, considerando el contenido del tratado, y conforme a lo dispuesto por el artículo 11.3 del AII Suiza-Colombia, las partes dan consentimiento para someterse a la jurisdicción de arbitraje internacional, como se detalla a continuación:

---

[587] Ibid.
[588] Ibid.
[589] APPRI Colombia – Suiza. Artículo 10. Otras Obligaciones. (…) (2) Cada Parte deberá respetar cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito entre su gobierno central o agencias de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que él pueda depender de buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión.
[590] APPRI Colombia – Suiza. ARTÍCULO 6. EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN. Ninguna de las Partes podrá tomar, ya sea directa o indirectamente, medidas de expropiación, nacionalización o cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o el mismo efecto contra las inversiones de los inversionistas de la otra Parte, a menos que dichas medidas se tomen por interés público, de manera no discriminatoria y siguiendo el debido proceso de ley, y siempre que se hagan disposiciones para realizar una compensación pronta, efectiva y adecuada. Dicha compensación deberá corresponder al valor del mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la acción de expropiación se haya llevado a cabo o antes de que sea de conocimiento público, lo que ocurra primero. El monto de compensación deberá incluir intereses a una tasa comercial normal desde la fecha de desposesión hasta la fecha de pago, deberá ser acordado en una moneda libre de conversión, deberá ser pagado sin demora y ser libremente transferible. El inversionista afectado deberá tener el derecho de revisión, bajo la ley de la Parte que hace la expropiación, por una autoridad judicial u otra autoridad independiente de la Parte de su caso y de la valoración de su inversión de acuerdo a los principios pactados en este párrafo
[591] Ibidem. Castro. M. N. p.p 50.

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

Así las cosas, resulta arriesgada la posición de la accionante al invocar la cláusula paraguas, porque el estado colombiano podrá objetar la jurisdicción del tribunal de arbitramento, en tanto, la discusión versa sobre una sanción impuesta por la Contraloría General, y no por el acuerdo en sí[592]. Ahora bien, con relación a la expropiación indirecta, debe manifestarse que no toda medida puede ser tomada como expropiación solo porque conlleva una afectación económica.

Sobre el particular, conviene recordar que el acuerdo no establece situaciones excepcionales en la que los actos gubernamentales sean considerados como expropiación indirecta, como son los actos regulatorios no discriminatorios que se encaminan a la protección del interés público, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente[593].

En este orden de ideas, la sanción de la Contraloría General es un acto administrativo de responsabilidad fiscal, que está encaminado a la protección del interés general y nacional, como lo es el patrimonio público, y no cuenta con la naturaleza de un acto regulatorio, por lo que no estamos frente a una medida progresiva de expropiación, que afecte la inversión, no todo efecto en detrimento de la inversión puede considerarse como expropiación.

Cabe recordar, que en el caso Too v. Greater Modesto Insurance Associates[594] el tribunal señaló que un estado no es responsable por los daños a la propiedad y desventajas económicas, con respecto a cualquier acción que se encuentre dentro de las facultades soberanas de los estados, siempre que estas no sean discriminatorias ni estén diseñadas para provocar que el extranjero abandone su propiedad en favor del Estado[595].

Por lo antes expuesto, es claro que en el caso objeto de análisis estamos frente a una conducta del estado en ejercicio de su soberanía, como lo es una acción fiscal. No obstante, el artículo 4 de la Resolución 56/83 de las Naciones Unidas, sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos[596]contempla como

---

[592] Ibidem
[593] Ibidem
[594] Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, Laudo de diciembre 29 de 1989
[595] Ibidem. Castro Peña, M. N. pp 50.
[596] Resolución 56/83 de las Naciones Unidas. Artículo 4: Comportamiento de los órganos del Estado 1). Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del estado ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea

hecho de estado, cualquier actuar de cualquier órgano, sea persona o entidad que ejerza funciones dentro del estado, de tal forma que, aunque se trate de una medida tomada por un órgano autónomo, el estado colombiano debe responder por la conducta cuanto esta cause detrimento a los inversionistas extranjeros[597].

Finalmente, el artículo 11, sobre resolución de disputas entre una parte y un inversionista de la otra parte., se estipula que un tribunal arbitral no será competente para revisar la legalidad de una ley doméstica o regulación bajo el ordenamiento constitucional o legal de la parte concerniente[598], considerando esta disposición contenida en el AII, el tribunal internacional no sería competente, porque compete al estado realizar el estudio de legalidad de sus actos administrativos y no al tribunal[599].

---

su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.2). Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

[597] Ibidem. Castro Peña, M. N. pp 51.

[598] APPRI Colombia – Suiza. Artículo 11. (1)

[599] Ibidem. Castro Peña, M. N. pp 51.

CAPÍTULO IV: ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN. ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN

Si bien es cierto, en los capítulos anteriores se desarrolló lo concerniente a la naturaleza, contenido y cláusulas de los AII, así como las reglas de interpretación aplicables a los mismos, el presente capítulo del trabajo de investigación tiene como propósito plantear alternativas de solución a algunos de los aspectos más controvertidos de los AII, para lo cual, en primer lugar, se tratará el tópico referente al derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos, con especial referencia a cuando existan DDHH involucrados en la controversia, lo que nos lleva a una reflexión mucho más profunda frente a si la actividad del CIADI en este tipo de disputas debe ser direccionada y moderada por el sistema de protección de DDHH, como parte del sistema de derecho internacional público, dada la naturaleza superior de sus postulados frente a los intereses particulares relacionados con capitales e inversiones, o si como se aprecia en la práctica se seguirá dando un trato diferencial donde los laudos arbitrales anteponen los derechos de los inversionistas y la protección a la inversiones sobre cualquier otro derecho en la disputa.

La información revisada y descrita en este capítulo se examina en la medida en que se encuentran posiciones basadas en datos que consideran insuficiente al derecho interno para la protección y estímulo de la inversión como parte de la estrategia de desarrollo de los estados receptores de inversión, y, en vías de desarrollo, como lo señala Mamani es el caso de Bolivia:

> "No obstante, la denuncia de tratados de inversión, la economía boliviana a partir de 2006 creció en más de 5% (Mercado, Leitón y Chacón, 2005 p. 168). Ello parece probar que el atractivo para la inversión extranjera directa no aumenta solo por tener una regulación nacional acorde con las normas de los acuerdos internacionales de inversión. La ley no es el único componente para atraer inversión extranjera, ayuda, pero no es definitiva (como los estudios mencionados también han probado)"[600].

Aunque se pueda advertir un sesgo en el uso del dato anterior, pues no se explica si el crecimiento de la economía estuvo dado por el ingreso de IED protegida mediante

[600] MAMANI Prieto, W. A, 2013. La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, 13, p.p. 549–582, doi:10.1016/S1870-4654(13)71050-X.

AII, es más cierto que el desarrollo de los estados depende también de otros factores internos, como quiera que sea, esta es la tendencia que se mantiene[601].

Entendido lo anterior, es probable plantear que, en un sistema con predominancia del derecho interno, los AII pueden tener una función de refuerzo interpretativo de las normas internas que se usan para proteger la inversión extranjera porque el marco normativo del momento en que se realiza la negociación no resulta suficiente, sin embargo, su contenido en principios resulta compatible. Cambiar el ordenamiento jurídico resulta dispendioso, largo y costoso, entonces se pacta.

No obstante, el pacto debe revestirse de calidades que le permitan considerarse derecho en sentido puro y responda a nociones universales, de modo que no sea posible pactar para defraudar al estado, ni en contra de lo que su Constitución determina como jurídicamente posible, de lo que se desprende que, para resolver las controversias con inversores extranjeros, el estado sea la primera opción como garante del interés general y los bienes públicos. De aquí también que, el aparato estatal no pueda ser usado para defraudar y engañar al inversor, por lo cual, las actuaciones administrativas del estado no deban contener intereses particulares que pongan en riesgo la evaluación adecuada del negocio.

En el mismo sentido, al tratarse de IED, los recursos de naturaleza privada en ejecución de actividades de naturaleza comercial, el riesgo del fracaso del negocio por motivos de orden público o por actos de soberanía debe ser asumido proporcionalmente y no un 100% por parte del estado receptor, como garantía, pues el agente estaría actuando por fuera de sus atribuciones al obligar al estado a un imposible fáctico y jurídico. Esta propuesta parte del hecho consistente en que las actividades del estado se realizan para salvaguardar el interés general y los bienes públicos.

Del mismo punto parte el considerar que, para proteger el interés general y los bienes públicos, sea necesario disponer en ocasiones de la propiedad privada, por lo cual debe considerar normal que se presenten ajustes legislativos, regulatorios y actuaciones administrativas que afecten la inversión en cierto grado y, por lo tanto, ser un riesgo que deba gestionarse proporcionalmente. Para ello se presentarán algunas

[601] Cfr. PONTÓN Serra, J. P. & PRIETO, E, 2021. Acuerdos internacionales de inversión: Compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control de constitucionalidad. *Estudios Socio-Jurídicos*, 23(1), p.p. 1–28, doi:10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9593.

posiciones que ven en el derecho interno un sistema suficiente para garantizar la protección de forma equilibrada.

El arbitraje internacional debe estar diseñado para que la protección de la inversión extrajera se active cuando el comportamiento del estado es caprichoso y busca beneficiar intereses particulares con una máscara de legalidad, de no probarse dicho hecho, el Tribunal no podría condenar en todo el daño y perjuicio al estado.

En este punto, resulta de gran importancia que el estado receptor tenga una estrategia de desarrollo clara y una fortaleza institucional que le permita ejecutarla con transparencia y de forma progresiva a partir de los postulados establecidos en sus constituciones, leyes específicas, sectoriales con políticas públicas específicas formuladas con un rigor técnico que permitan evaluar el impacto de la IED mediante AII en los indicadores de desarrollo en los territorios en los que impacta el capital importado, sobre todo cuando de recursos naturales se trata. Así, se está de acuerdo con Saco y Torres cuando afirma:

> "Igualmente, es importante que el Estado tenga un plan de desarrollo y un acuerdo social sobre el uso de los recursos. Esto reducirá los conflictos sociales y dará información a los inversores sobre los precios de invertir en el país, por ejemplo, cuáles son los recursos naturales que pueden explotar, cuáles son los límites de contaminación que pueden producir, entre otros. Esto requiere estabilidad en el país de acogida y la participación democrática de la población" [602].

En ese sentido, la disponibilidad de la información resulta crucial como elemento de participación y de planeación, la mejora de los resultados, sin duda, depende de la calidad de la información disponible sobre la industria y su relación con distintos factores como biomas estratégicos y comunidades con intereses directos e indirectos en la actividad industrial a la que se destine la inversión, por lo cual, mecanismos de participación ciudadana adecuados se concretan como instrumentos que permitan consolidar actos coherentes con el orden jurídico superior por parte de los agentes del estado.

Con la misma finalidad, el perfilamiento del inversionista es importante para decidir si al estado le interesa o no recibirlo; cómo funciona su negocio, cuáles son sus

[602] SACO, V, TORRES, P, 2018. ¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? Propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos. Agenda Internacional, 25(36), p.p. 217–233, doi:10.18800/agenda.201801.011.

postulados de responsabilidad social y empresarial, y, cuáles son sus prácticas de cumplimiento, para determinar si su actividad específica, en la ejecución, se adapta a las políticas públicas planteadas para el proceso de desarrollo propio de cada estado. El resultado de este ejercicio, sin duda, elevará la calidad de la IED recibida, y permitirá efectos cíclicos que coadyuven la promoción de exportaciones, el desarrollo de la oferta de proveedores internos, actividades de alta tecnología y el anclaje de las empresas nacionales y el talento humano nacional en las cadenas de valor del globo.

Así mismo, se desarrollará el asunto de las disputas entre inversores y estados receptores haciendo énfasis en los altos costos que implica la defensa ante los tribunales arbitrales, la exclusividad dada al inversor extranjero para demandar a los estados parte ante los tribunales internacionales y el resultado de este ejercicio en forma de laudos arbitrales inconsistentes con el sistema normativo.

1. El derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos

En este título se desarrollan algunas de las múltiples tensiones que se presentan en materia de derecho internacional de las inversiones y los derechos humanos, en tanto, es necesario establecer como los estados receptores de inversiones, sobre todo aquellos que suscribieron acuerdos de la primera generación, han tenido que desarrollar su rol contractual en medio de un marco garantista de DDHH, para lo cual en primer lugar nos referiremos a cómo el estado protege estos derechos y la manera en que estos entran en conflicto o se armonizan con los intereses regulados de forma favorable para el inversor en el derecho internacional de las inversiones desde una óptica del derecho internacional público.

De esta forma, las relaciones mediadas por los marcos normativos que se estudian no siempre resultan pacíficas, y, en la complejidad propia de los conflictos de intereses se presentan con frecuencia choques entre comunidades interesadas en la salvaguarda de bienes jurídicos relevantes para los DDHH con los intereses de las empresas ejecutoras de los proyectos financiados con capital extranjero, en medio, se plantea el rol que funge o debe fungir el Estado.

La base argumentativa de la cuestión planteada establece que la concepción clásica de estado se enfrenta a los efectos de la globalización, al punto de encontrarse en crisis, en tanto, la soberanía de los estados se dispone de forma voluntaria para

conformar y darle vida al derecho internacional público como un sistema que desborda sus fronteras y, por ende su alcance material limitado, creando así nuevas tensiones que implican una nueva concepción de estado, una que se adapte a las nuevas dinámicas sociales y económicas actuales, estadios de conocimiento en los que se predica un incremento en la flexibilidad de su configuración soberana que permite a las relaciones internacionales afectar la configuración de su propio derecho, así como las constituciones y su perspectiva frente a instituciones internacionales.

Lo anterior, ha dado lugar a que el derecho de inversiones para el sector privado alrededor del mundo consolide un sistema de protección institucional, pues se entiende que, como parte del proceso de globalización, las fronteras aún existen como remanente de la soberanía de las naciones siendo un elemento por considerar en la realización de negocios entre y con países sujetos a legislaciones diferentes. Así, se halla razón en Echaide al señalar que:

> "El argumento general para justificar la existencia del derecho internacional de las inversiones, mediante tratados bilaterales —conocidos por sus siglas como TBI— es que el mismo permite lograr una previsibilidad propicia para fomentar un clima de inversiones para el sector privado. Ello necesariamente dependería, según esta formulación, de la celebración de tratados que protejan estas inversiones extranjeras y de un sistema de solución de controversias que sea favorable a esta protección, para fortalecer de este modo el imperio del derecho (rule of law) y dotar de seguridad jurídica y previsibilidad la realización de negocios internacionales" [603].

A lo anterior, se suma la presencia de tensiones entre dos tipologías de derecho con impacto internacional, por una parte, encontramos el derecho internacional que protege las inversiones, y por la otra el régimen que protege DDHH, los cuales gozan de relevancia global, de modo que constituyen un asunto de política internacional que en las constituciones modernas se entiende como parte de sus principios fundamentales, presentándose como refuerzo institucional a la noción de derecho fundamental, ello implica, la configuración interna de todo un entramado institucional que existe paradójicamente para proteger los DDHH, y, así, garantizar su realización natural.

En concordancia con lo antes señalado, encontramos otro trabajo de Echaide donde indica:

[603] ECHAIDE, J, 2017. Demandas en el Ciadi y el derecho humano al agua: ¿Tratados de inversiones Vs. derechos humanos? International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (31), p.p. 81–113, doi:10.11144/javeriana.il14-29.dcdh

"En principio podemos identificar dos bloques jurídicos: por un lado, un derecho internacional que protege a las inversiones extranjeras dentro del territorio de un Estado, conformado por tratados bilaterales de inversión (TBIs) que comprometen a los Estados a dar garantías a las inversiones extranjeras y otorgan una serie de posibilidades de acceso a los inversores a foros internacionales de arbitraje para demandar a los Estados si dichas garantías no se aplican, situación que no gozarían sin este marco debiéndose remitir a los tribunales domésticos del Estado en donde se alberga dicha inversión.

Por el otro lado, tenemos a otra parte del derecho internacional vinculado al régimen de protección de los derechos humanos entendidos éstos –desde una postura conservadora- como obligaciones de carácter *erga omnes* para los Estados (es decir de toda la comunidad internacional y para toda la comunidad internacional) y de orden prioritario en su cumplimiento, o bien –desde una óptica más progresiva con el desarrollo del derecho internacional- como normas de carácter imperativo para el derecho internacional (jus cogens), que es el rango jerárquico más alto de normas dentro del derecho internacional"[604].

De lo anterior, se destaca que para sistematizar de forma adecuada, y con ello, lograr coherencia en el sistema jurídico internacional, se tienen como fuentes orientadoras los postulados de los DDHH, pues solo en la realización material de sus contenidos se justifica la cesión de soberanía por parte de los estados, estableciendo de esta forma un marco normativo que debe ser respetado tanto por las instancias internas, como por las internacionales, y de la cuál no se exime bajo ningún argumento la actividad del CIADI.

De acuerdo con esto, Risso sostiene:

"Bajo la comprensión precedente se manifiesta la emergencia de alentar la búsqueda de límites objetivos y reglas de observancia estricta al accionar de estos organismos, que definan la racionalidad del laudo y determinen la suerte de su ejecución.

Estos límites los hallamos en las normas superiores que emanan del derecho internacional de los derechos humanos, son estas disposiciones quienes permiten establecer los parámetros dentro de los cuales el Estado se encuentra obligado o no al cumplimiento de la decisión arbitral.

En consecuencia, el plexo normativo del derecho internacional de los derechos humanos ofrece las pautas aplicables a la hora de, no sólo determinar el reconocimiento y la

[604] ECHAIDE, Javier, 2018. *Condicionantes sistémicos para el pleno goce del derecho humano al agua: CIADI vs. derechos humanos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Fe, Derecho (UBA), Buenos Aires, Argentina, p.1. Disponible en: https://www.academia.edu/8384206/Condicionantes_sistémicos_para_el_pleno_goce_del_derecho_humano_al_agua_CIADI_vs_derechos_humanos.

racionalidad, sino también, la posibilidad de ejecución de los laudos arbitrales del CIADI, de modo que son estos derechos los que nos obligan a reformular las nociones aplicables de "validez" y "ejecutoriedad" a las decisiones arbitrales"[605].

Como ya se ha dicho en capítulos anteriores del presente trabajo de investigación, una de las razones por las cuales se ha destacado la importancia de los AII, es que los mismos han cumplido de forma eficiente la función de medio por la cual se fomenta la inversión del sector privado, y la llegada de importantes flujos de inversión extranjera a la economía de los estados.

Ahora bien, en este proceso de atracción de inversión extranjera y de suscripción de AIIs vivido durante las últimas décadas en la región latinoamericana en torno al cual ha girado el análisis del presente trabajo de investigación, hay que también señalar que el afán de generar confianza jurídica, de blindar y proteger la inversión y al inversor, ha dado lugar a lo que los detractores de estos instrumentos internacionales han denominado como una relación de desproporcionalidad, que pone al estado receptor de la inversión en un nivel de inferioridad y sumisión frente a los inversionistas provenientes en su mayoría de países desarrollados, ante la posibilidad de injerencia y el riesgo de que se ocasionen afectaciones en los procesos de desarrollo propios de sociedades consideradas inferiores en áreas clave como la innovación, ciencia y tecnología. Sobre el particular, Risso nuevamente, indica:

"Como dijimos en la introducción, los tribunales arbitrales proyectan su influencia en la vigencia y efectividad del derecho internacional de los derechos humanos. En estos términos nosotros consideramos determinadas injerencias internacionales en el ejercicio de funciones irrenunciables del Estado.

Pues este tipo de tratados que consagran la instancia arbitral para definir controversias entre Estados y empresas extranjeras llegan a producir laudos cuya ejecución impacta directamente en la vida institucional de un país desde el momento en que penetran en cuestiones sustanciales, por ejemplo, en las políticas de protección y promoción del sistema de salud pública, educación, los derechos titularizados por los consumidores y usuarios, medio ambiente, generación de empleo o directamente expulsando del ordenamiento jurídico domestico leyes,

[605] RISSO, Guido, 2014. Los Derechos Humanos vs. el CIADI. ¿Son los derechos humanos un límite en materia de arbitraje? Sistema Argentino de Información Jurídica, p.2. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/guido-risso-derechos-humanos-vs-ciadi-son-derechos-humanos-limite-materia-arbitraje-dacf140235-2014-05-12/123456789-0abc-defg5320-41fcanirtcod.

decretos o actos administrativos que han sido calificados por los árbitros como contrarios o perjudiciales a los beneficios económico de un inversionista extranjero"[606].

Castro Peña se aproxima al problema del desequilibrio en la relación, desde una perspectiva del riesgo y su distribución, de la siguiente manera:

> "En suma, podría concluirse que en las cláusulas de arbitraje pareciera que la balanza está inclinada a favor de los derechos de los inversionistas extranjeros en detrimento de las políticas nacionales de los Estados receptores, transfiriendo los riesgos a los Estados y a la vez reduciendo el espectro de su política nacional"[607].

De este modo, la seguridad jurídica no se convierte ya en una garantía razonable para el inversor -que de cualquier forma debe correr algún riesgo, por la naturaleza impredecible del mercado y del devenir social que exige a menudo la actuación de estado en un marco de su imperio- sino en un abandono al poder de otro estado -o de lo que podría considerarse una oligarquía de los estados desarrollados con clara extensión de su propio imperio a lo largo del planeta- o de una entidad internacional parcializada, renunciando a las competencias y funciones a las que, los agentes negociadores del estado jamás estuvieron autorizados a renunciar desde un punto de vista constitucional.

En este contexto, mientras los recursos se disponen para el pago de multimillonarias indemnizaciones, a toda hora el erario para garantizar el desarrollo de los países pobres se considera escaso, de modo que, perseguir el patrimonio del estado, perdido por una inadecuada gestión jurídica de sus negocios en el ámbito internacional es mandatorio desde la perspectiva de los DDHH, incluso, dada la naturaleza particular y privada de las relaciones que se establecen entre los estados y los inversionistas, considerar la nulidad de lo pactado por contener un objeto ilícito, toda vez que, la intención del sistema configurado sea defraudar. En este sentido, Risso sostiene:

> "Pues no se requiere de una rigurosa discusión para aceptar que el accionar de estos tribunales arbitrales altera -disminuyendo, desviando o postergando- los recursos económicos con los que un país cuenta para el desarrollo progresivo de los derechos humanos.
>
> Por ejemplo, la imposibilidad de afrontar indemnizaciones colosales, exigirle condiciones a una inversión extranjera con el fin de proteger intereses soberanos, o en su caso adoptar medidas económicas que requiera la población pero que a los ojos de estas corporaciones

[606] Ibidem.
[607] CASTRO Peña, M. N, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado, 38, pp. 23–66, doi:10.18601/01229893.n38.02.

afectan sus ganancias o las utilidades esperadas, generaría la eventual responsabilidad del Estado frente al tribunal foráneo.

Por ello es menester abordar la cuestión de la vigencia del derecho internacional de los derechos humanos desde aquello que entendemos como una constante amenaza por parte de las corporaciones y grupos multinacionales de recurrir a este tribunal, o directamente mediante la obtención por parte de éstos de un laudo arbitral favorable a sus intereses en desmedro de las responsabilidades sociales y obligaciones básicas del Estado"[608].

Podría pensarse como una posible solución desde el derecho interno, el perseguir el patrimonio de los funcionarios responsables de la condena contra el estado, sin embargo, dadas las condenas millonarias contenidas en los laudos arbitrales, sería difícil ejecutar por esta vía la recuperación de los costos asumidos o pagados en virtud de la condena impuesta. Además, con ello se aceptaría la validez y legitimidad del laudo arbitral. El asunto, será tratado en el numeral 2.1. desde la perspectiva del costo para el erario, y en el 2.3. como consecuencia de un hallazgo de corrupción en laudos arbitrales que van en contravía del orden jurídico e incorporan la intención de defraudar.

Aunque si bien podríamos decir que, funcionalmente resulta más práctico para incrementar los niveles de confianza, el brindar seguridad jurídica a inversionistas que los estados dispongan de sus recursos para garantizar un sistema de solución de controversias que priorice la protección de la inversión, en la medida del propio riesgo que el inversionista corre en países en vías de desarrollo por su debilidad institucional, lo cierto es que en la práctica, la actividad litigiosa en el CIADI, debe ser direccionada y moderada por los DDHH, pues como se ha dicho ya, la naturaleza de sus postulados es de carácter superior, por lo cual, los intereses particulares relacionados con capitales se instrumentalizan para ceder ante los DDHH en una lógica de realización, esto permite contemplar, como una solución tangible, remisiones por competencia del CIADI al sistema de protección de DDHH.

En el contexto anterior, conviene recordar la función del estado frente a la protección de DDHH, que requiere no solo una actitud pasiva en la resolución de conflictos, sino un deber consistente en gestionar el futuro para evitarlos, y en el peor de los casos, preverlos y contenerlos para reducir su impacto negativo en la sociedad. También, conviene recordar casos en los que empresas ejecutoras de capital extranjero ocasionaron lesiones a DDHH, y, examinar el rol, o lo que se espera del CIADI, en una

[608] Ibid. Risso. Op. Cit.

etapa posterior de su desarrollo dada la tendencia de judicialización que se observa, para entonces, una vez se haya concretado su evolución o descartado la misma, hacer una propuesta interpretativa y justificarla, de modo que, cuando existan DDHH involucrados en la controversia, redirija a través de los mecanismos convencionales, a los órganos internacionales o al estado responsable de su garantía, el asunto.

Así, el estado tiene un rol de diligencia, como tercero de confianza; para que las instituciones de los estados que normalmente se aplican a los capitales nacionales se adapten a las necesidades de los inversionistas extranjeros en el territorio propio, se encomienda a aquellos, la negociación de un marco especial de lo que se espera el mejor resultado, dada la preponderancia, de suma conocida, del interés general sobre el particular en el ejercicio de la función pública, de modo que ese resultado responda a criterios democráticos. De otra manera, por fuera de los criterios democráticos, los agentes negociadores del estado sacrificarían el valor de la ley propia -así su soberanía-, sin justificación suficiente.

Así las cosas, se puede explicar la necesidad de integración del derecho internacional, en el caso de Colombia por medio del mecanismo del bloque de constitucionalidad, se tiene la participación sustancial de los tres poderes del poder público, como son el ejecutivo, en cabeza del presidente, el legislativo en el Congreso de la República, y, la Corte Constitucional como elemento del poder judicial, fuera de ser una conjetura obvia, es esta triple participación esencial la que permite disponer del régimen jurídico, en la negociación de AII y en las políticas públicas diseñadas para atraer inversión extranjera.

Esta lógica no solamente permite que la estructura de las normas sea aceptada por los individuos de una sociedad específica, que se rige por normas de carácter jurídico específicas -dada su legitimidad institucional- sino que el contenido mismo permite regular los efectos que interesan a todos los afectados por la llegada de capitales extranjeros en una lógica de intercambio equivalente y equilibrado que conlleva a su vez transacciones de valor por encima de las fronteras, que repercutan en movimientos hacia el desarrollo económico transfronterizo, con este discurso político, se integran las normas internacionales de inversión, para ser aplicadas, o no, en las diferentes situaciones de conflicto futuras entre los agentes afectados.

En el mismo sentido, MÜLLER señaló lo siguiente:

"Por una parte, la necesidad de apertura a mercados internacionales ha llevado a los Estados a realizar cesiones de sus competencias, a fin de ofrecer a los inversionistas extranjeros un escenario de estabilidad y favorabilidad jurídica, con el objetivo de atraer capitales que potencien su desarrollo económico.

Esto es especialmente preocupante en los países latinoamericanos, donde la garantía de las necesidades básicas no ha sido satisfecha, lo cual se ve reflejado por las situaciones de pobreza y desigualdad extremas. Lo anterior ha conllevado a que los Estados se sometan al DII con la suscripción de un sin número de instrumentos internacionales predispuesto a la liberalización de la economía, la privatización de los servicios públicos y la aceptación de jurisdicciones extranjeras o internacionales a fin de atraer financiación para generar desarrollo económico"[609].

Cabe destacar, que el estado funge como protector de la inversión internacional que se localiza en los territorios de su competencia, para ello, es posible y permitido el despliegue de sus poderes para pactar, cumplir con lo acordado y hacerlo cumplir, en caso de no lograrlo, el estado receptor de la inversión será objeto de las acciones jurídicas por parte del inversor.

A pesar de esta articulación, la existencia de conflictos deviene como inevitable, como lo afirma MÜLLER:

"En este contexto, se presentan diversos escenarios de conflicto normativo, pues los AII y los Tratados sobre Derechos Humanos, al constituir verdaderas normas jurídicas que inciden en el ámbito nacional e internacional y que tienen por característica común la visa expansiva de los derechos que protegen, están inexorablemente llamados a encontrarse, razón por la que no es inusual que entren en conflicto. Entonces, la pugna entre los grandes inversionistas internacionales cuyo objetivo es la maximización de las ganancias y la protección de sus inversiones, y los derechos de las personas, especialmente aquellas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, es inevitable y evidente"[610].

En Ecuador, la misma Müller examina y sintetiza el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, tramitado ante la CIDH, en donde en resumen, la comunidad reclama por los derechos de consulta previa y consentimiento obligatorio violentados por las actividades de extracción y exploración realizadas en sus territorios por multinacionales con quienes el país había suscrito contratos con tales objetos,

[609] MÜLLER Rueda, Katherine, 2021. Controversias en la relación inversionistas y derechos humanos en Latinoamérica: el principio de proporcionalidad como una solución desde el derecho internacional de inversiones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4439
[610] Ibidem.

previos a la vigencia del Convenio 169 de la OIT y a la expedición de normas internas que así lo exigieran[611].

La CIDH en el caso antes descrito, decide a favor de la comunidad indígena soportada en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, numerales 1.1. y 2, el argumento consiste en reconocer que los pueblos indígenas tienen derecho a sus territorios y que el estado debe actuar como garante de su ejercicio, de tal modo que se le considera responsable internacionalmente en caso de permitir actividades que lo afecten, específicamente los derechos protegidos son a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural.

En lo que corresponde a la protección de la inversión internacional, existiendo un proceso análogo sobre los mismos hechos ante el CIADI, la CIDH no se pronuncia.

Teniendo como objeto de análisis el derecho humano al agua y sus tensiones con el DII, Echaide, ofrece esta reflexión:

> "El derecho de las inversiones que, aun siendo formalmente bilateral, ha formado un complejo sistema de vínculos jurídicos tanto en las relaciones entre normas (mediante la CNMF), como también dentro del sistema de solución de controversias que ha creado (los tribunales del CIADI), pues aun siendo ad hoc acostumbra a citar jurisprudencia de otros tribunales arbitrales y aplicar analogía a sus casos quizás debido a la profunda raíz del common law, de la cual viene la mayoría de sus árbitros. El resultado de este desarrollo ha sido un sistema de protección de inversiones de carácter vinculante, coercitivo y eficaz que encuentra en los laudos de los tribunales del CIADI resoluciones inapelables que los Estados parte —generalmente condenados— tienen la obligación de acatar.
>
> Paralelamente está el derecho internacional de los derechos humanos que, aun siendo anterior a los mecanismos de protección de inversiones, avanza a un paso mucho más lento y menos coercitivo. Sus normas todavía tienen un peso relativo en su aplicación coercitiva: muchas de ellas son un soft law que, aunque siendo derecho positivo, no resulta vinculante para los Estados. En el centro de este bloque normativo está lo que puede ser un "hard law mínimo" y que se halla en instrumentos jurídicos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en el caso argentino tienen jerarquía constitucional en ambos casos"[612].

[611] Cfr. MÜLLER Rueda, Katherine, 2021. Controversias en la relación inversionistas y derechos humanos en Latinoamérica: el principio de proporcionalidad como una solución desde el derecho internacional de inversiones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4439

[612] Ibid, ECHAIDE, Op. Cit.

Es claro como entonces, el DII no es óbice para la aplicación de los DDHH por hechos que se consideran vulnerantes, y, en cambio, por la prelación comentada con anterioridad la institucionalidad internacional les protege por encima de los intereses económicos tanto del estado, como de los inversionistas, sin embargo, su desarrollo requiere aún de esfuerzos por consolidar su vocación irradiadora del sistema internacional en general.

Parte de estos esfuerzos se recogen en la renegociación de los acuerdos por Perú y Colombia, para lo que concluye MAMANI:

> "Con respecto a los acuerdos de inversión ya celebrados y vigentes, repensar y en función de la nocividad seguir la dinámica de la renegociación, para evitar controversias no deseadas y garantizar cierto margen de maniobra necesario para garantizar el bienestar de la población y así evitar violaciones a los derechos humanos, al medio ambiente, de tipo cultural entre otros"[613].

La búsqueda de coherencia y equilibrio en el sistema internacional ha desembocado en la formulación de interpretaciones variadas, debido a la falta de univocidad de los laudos arbitrales y el lento desarrollo de los DDHH. Müller advierte como lo han hecho otros antes, que el principio de proporcionalidad es un criterio para resolver las controversias en las que medien AII. En resumen, el estado al ejercer sus funciones y activar sus poderes ha recurrido de forma constante a la aplicación de un juicio de proporcionalidad que le permite actuar durante la ejecución del acuerdo y enarbolar defensas ante el CIADI, obteniendo decisiones favorables. La autora expone:

> "En los casos objeto de estudio el principio de proporcionalidad fue utilizado de forma recurrente para ponderar los derechos de los inversionistas y las atribuciones soberanas, siempre en el marco de un amplio margen de deferencia estatal resultante bien del ejercicio de su poder de policía como regulador de asuntos de interés o utilidad pública, de su función sancionatoria o de su facultad para imponer contramedidas. Aunque el CIADI ha utilizado el principio específicamente para los estándares de trato justo y equitativo, prohibición de expropiación y no discriminación, la proporcionalidad resulta ser una herramienta de análisis importante a la hora de evaluar cualquier intervención estatal en afectación de los derechos de los inversores"[614].

Así las cosas, se requiere de un esfuerzo conjunto de los actores internacionales para lograr altos niveles de coherencia y equilibrio en el sistema jurídico internacional

[613] Ibid. MAMANI, Op. Cit.
[614] Ibid. MÜLLER, Op. Cit.

para la protección de los DDHH, máxime cuando estos resultan vulnerados o amenazados como consecuencia de tratados de inversión suscritos en donde los estados han priorizado la atracción de la inversión extranjera en menoscabo de derechos de las comunidades indígenas, de los recursos naturales, incluso del interés general. Así, la definición explícita de límites, procedimientos, facultades y competencias se devela como una etapa natural del desarrollo al que deben aspirar las políticas públicas internacionales de los estados en materia de tratados de inversión, lo que permitirá un sistema que de forma adecuada regule los conflictos causados por los intereses disímiles, las funciones asignadas y los resultados esperados en términos de proporcionalidad.

En consecuencia, la necesidad identificada es una constante que debe atenderse con urgencia en la medida en que los resultados condenatorios para los estados receptores se dictan por los Tribunales arbitrales haciendo óbice de los alegatos de regulación del interés público a través de su actuar. En ese orden, encontramos en Castro Peña lo siguiente:

> "Los tratados modernos, especialmente los suscritos con Estados Unidos, establecen circunstancias excepcionales para determinar cuándo los actos gubernamentales no son considerados como expropiatorios, correspondiendo a aquellos actos regulatorios no discriminatorios que estén diseñados para proteger aspectos del interés público como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente. Sin embargo, en numerosos casos arbitrales, aunque se alegue la regulación de medidas para proteger el interés público, los tribunales no las han considerado como tales, y sí por el contrario como actuaciones expropiatorias que afectan las expectativas de la inversión"[615].

Finalmente, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, al estado se le exige una conducta que proteja por encima de los intereses económicos los valores fundantes de nuestras sociedades democráticas, aún a pesar de la también imperiosa necesidad de importar capitales desde los estados desarrollados, y, claro, garantizar la protección de las inversiones que reciba. Esto requiere un análisis sistemático de las causas y consecuencias del desequilibrio de la relación establecida que se desarrolla en algunos factores estratégicos a continuación.

[615] Ibid. CASTRO. Op.Cit.

2. Demandas entre el inversor y el estado receptor de la inversión

Otro asunto que genera controversia en el mecanismo de solución de conflictos de los AII, son las demandas realizadas por el inversor en contra de los estados receptores de la inversión, en tanto, los acuerdos logrados representan un ejercicio de sacrificio de la soberanía, pero también un detrimento material de factores íntimamente relacionados con la actividad estatal y de principios procesales como el de igualdad, propio de los procesos contenciosos. En el caso colombiano se ha sostenido que:

> "(…) el Estado no había sido ajeno a la suscripción de AII, pero sí a las controversias de inversión. Ello cambió en 2016, con el registro de la primera demanda de inversión en contra de Colombia, a la que en cuatro años se le han sumado otras quince (ANDJE, s.f.)"[616].

Por demandas también deben entenderse aquellas solicitudes que se plantean desde la etapa precontractual, como las exigencias realizadas por los inversionistas provenientes de países desarrollados y exportadores de capital a los estados receptores de inversión, que en el caso de la región latinoamericana en su mayoría corresponden a países en vías de desarrollo.

Al respecto, vale anotar un comentario consistente en si la relación contractual que resulta de las negociaciones deviene en una relación equilibrada o no; la negociación de garantías básicas resulta en un ejercicio sustancial de la soberanía, sin embargo, si el proceso que da lugar al acuerdo no es más que un protocolo por cumplir -dadas las formalidades en la Ley- como se avista usualmente en los acuerdos de primera generación, el contrato deviene en una simple adhesión a los intereses particulares del inversor y su patrocinador, enmascarando en una minuta cualquiera un negocio jurídico altamente cuestionable con efectos adversos para el estado receptor, no solo para su erario, sino también para su sistema de derecho y el mismo orden público.

En esa medida, los estados interesados en recibir inversión extranjera se enfrentan a una disyuntiva, incluir o no, en sus políticas públicas y sus mecanismos de atracción de IED, acuerdos con cláusulas de protección o arriesgarse a reducir su flujo de IED. Lo anterior se entiende al contemplar a futuro un posible laudo condenatorio que, además del pago que afecta sus finanzas, genere un desestimulo a otros inversionistas extranjeros o estados. En concordancia con lo antes señalado Castro Peña plantea el asunto de la siguiente manera:

[616] Ibid. PONTÓN. Op. Cit.

> "Con todo y ello, pareciera ser que los Estados estuvieran en una encrucijada, especialmente los países en desarrollo y subdesarrollados. Por un lado, existen dudas por parte de los Estados sobre si la firma de AII que contienen mecanismos de resolución de conflictos, en los cuales se somete al Estado a equipararse en igualdad de condiciones con un particular en un proceso arbitral, vaya a atraer una mayor IED; adicionalmente, si el laudo es desfavorable a las excepciones del Estado puede influenciar negativamente en su ambiente económico internacional. Pero, por otra parte, la no celebración de estos tratados con ese tipo de cláusulas puede implicar una disminución en el flujo de IED, el cual sugiere ser un factor determinante a la hora de concluir tratados a nivel mundial, por lo que, de no hacerse, podría perjudicar a los países en su desarrollo económico"[617].

Siendo este un aspecto relevante, el proceso arbitral que tiene como resultado el laudo condenatorio será tratado en el desarrollo de los siguientes apartados, pues, para efectos de los resultados obtenidos por los estados receptores, representa una causa, cuando no el origen, de los conflictos que se tramitan en su contra ante los tribunales de arbitramento, sin embargo, antes se ofrece una síntesis de aspectos procesales relevantes.

Accionado el mecanismo arbitral ante el CIADI, de no establecerlo en el AII, el artículo 42.1 del Convenio define que:

> "El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables"[618].

Valga apuntar, como una diferencia del CIADI con otros sistemas de arbitraje internacional, que "… *si la controversia se rige por lo dispuesto en las normas de arbitraje de la CNUDMI o de la Cámara de Comercio Internacional (CII), será el tribunal quien determine la ley apropiada para el caso en concreto*"[619].

La autora antes citada, identifica tres tendencias en lo que corresponde con los AII suscritos por Colombia, la primera, aplicar las disposiciones del tratado y del derecho internacional, la segunda, las disposiciones del tratado, del derecho internacional y el derecho interno, y, la tercera, guardar silencio sobre la ley aplicable,

---

[617] Ibid. CASTRO. Op. Cit.
[618] CIADI, 2006. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, Washington D.C., EE.UU., p.24. Disponible en: CRR_Spanish_CRA.qxd (worldbank.org)
[619] Ibid. CASTRO. Op. Cit.

también el uso de cláusulas que permiten a los inversionistas escoger entre el arbitraje y los jueces del estado receptor, cláusulas que excluyen ciertas materias del mecanismo de arbitraje, y, cláusulas que determinan el plazo para activar los mecanismos de solución de controversias, de igual forma, el AII puede incorporar instancias administrativas internas[620].

Igualmente, al referirse a las *cuestiones jurisdiccionales de los tribunales arbitrales*, enumera cuatro criterios a saber: consentimiento escrito, materia de inversión, persona inversionista y entrada en vigor del AII, aunque la Convención CIADI solamente contemple los tres primeros[621].

Del mismo modo, enumera cinco estándares de protección a la inversión extranjera que considera importantes para entender la casuística del arbitraje, estos son: el trato justo y equitativo, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, cláusula paraguas y expropiación indirecta. De esta última encontramos en Saco y Torres un ejemplo que la aterriza al plano fáctico de forma concreta, cuando afirman:

> "La expropiación indirecta a menudo se genera mediante regulación, por ejemplo, una ley que su implementación produce en la inversión un efecto similar a la expropiación (por ejemplo, la ley hace que los costos de producción aumenten en una cantidad que hace que la inversión ya no sea un negocio o la inversión ya no permite vender o producir). Por ejemplo, en el caso Tza Yap Shum contra Perú, la expropiación se generó al afectarle al inversionista su capacidad de utilizar el sistema financiero, pues el centro de su inversión consistía en poder usar dinero a través de los bancos locales para negociar con productos pesqueros"[622].

Respecto del trato justo y equitativo, los autores definen según la doctrina cinco componentes: "componentes principales: protección de expectativas legítimas del inversor, no discriminación, procedimiento justo, transparencia y proporcionalidad"[623].

En las siguientes secciones, la investigación se centrará en tres aspectos determinantes de los laudos proferidos por el CIADI en virtud de los AII celebrados: los altos costos de defensa ante los tribunales arbitrales, la exclusividad dada al inversor extranjero para demandar ante los tribunales internacionales y el resultado de su ejercicio en laudos arbitrales inconsistentes.

---

[620] Ibidem.
[621] Cfr. CASTRO Peña, M. N, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado, 38, p.p. 23–66, doi:10.18601/01229893.n38.02
[622] Ibid. SACO y TORRES. Op Cit.
[623] Ibidem.

2.1. El Derecho internacional de las inversiones, de dónde viene y hacia dónde va.

Resulta prematuro afirmar que el Derecho Internacional de las Inversiones es sólido, al igual que negarlo; es una rama *sui generis*, joven, en tanto, la libertad de configuración de los acuerdos y las formas de resolver las disputas apenas presentan resultados conocibles, siendo pocos en comparación con la cotidianidad de los procesos judiciales de los Estados, lo que retrasa su madurez. Corresponde ello a su naturaleza predominantemente económica y política. Muestra de ello es la equiparación que se hace del particular inversionista y del Estado como partes iguales, o al menos, equivalentes en un proceso que ahora se entiende como un ejercicio de jurisdicción.

Ofrece un contexto, a manera de resumen, la introducción de la reciente obra de La Universidad Externado de Colombia[624], que permite contemplar de forma diáfana los elementos que componen, en habla hispana, el Derecho Internacional de las Inversiones. No obstante, en cuanto al sistema de solución de controversias, dicen los autores

> "…el derecho internacional de las inversiones se caracteriza porque aparte de las fuentes principales y generales del derecho internacional público (como los tratados o costumbre) cuenta con un set de reglas fuertemente desarrollado y afectado por la jurisprudencia de los tribunales de arbitraje, lo que resulta paradójico ya que no se reconoce un sistema de precedente. Así, conceptos como el de expectativas legitimas o el contenido de los varios estándares se ha desarrollado y creado desde los laudos arbitrales"[625].

Sobre el futuro de esta rama del derecho, consideran que:

> "…cuando los gobiernos entienden los riesgos que implica adoptar tratados que reconocen amplios márgenes de protección al inversionista, los acuerdos se negocian con más cuidado y se incluyen provisiones que le dan margen al Estado receptor para ejercer sus funciones naturales, sin miedo (o menos cauteloso) de que ello implique una violación del tratado"[626].

Además, identifican problemáticas como:

> "… la independencia e imparcialidad de los árbitros, las reglas de interpretación y el alcance que se le da a las reglas generales de derecho público, la necesidad de tener un sistema menos fragmentado, la creación de un sistema multilateral de solución de controversias, la

[624] BERNAL Rivera, José Carlos, ALVARES Zarate, José Manuel, y otros, 2021. El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios. Maciej Zenkiewicz, editores. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
[625] Ibid.
[626] Ibid.

prevención y mitigación de disputas, la asistencia financiera, la inclusión de temas más allá de la inversión (por ejemplo: disposiciones medio ambientales, sobre derechos humanos, para la situación de los trabajadores, etcétera). En esas problemáticas se evidencian no solo los conflictos que surgen de las relaciones de poder sobre las que se construyó el sistema, sino aquellas que muestran cómo otros sistemas del derecho internacional chocan y se relacionan con los temas propios de la inversión internacional"[627].

En términos de AII, hallamos que existen múltiples temas que dependiendo de la posición doctrinaria que se escoja deben o no ser regulados, entre los que hallamos de interés, encontramos el voto disidente de los árbitros, la asimetría en los convenios de arbitraje, el arbitraje en asuntos relacionados con el medio ambiente, la corrupción en las inversiones y en el arbitraje, y, los alcances de las interpretaciones de la cláusula de nación más favorecida y las cláusulas paraguas. A continuación, se ofrecen algunas observaciones sobre cada uno de ellos.

Respecto al voto disidente de los árbitros, consideramos oportuno resaltar su valor, aun cuando la práctica sugiera su inconveniencia o su falta de utilidad comparado con su función en un proceso judicial, tal y como Olaechea lo ilustra al afirmar:

> "Ahí, cuando el voto disidente se genera en una instancia apelable, este puede servir a una garantía que es propia del proceso: la revisión por una instancia superior. Y cuando se da en última instancia, tiene también el potencial de servir a una función propia de la judicatura: ayudar a cambiar la ley. Esto, porque un disenso puede ser tomado en cuenta por otros tribunales para cam- biar el precedente en el caso del common law, o por el legislador, tanto en el common como en el civil law"[628].

Sin embargo, aceptando que la práctica arbitral constituye un ejercicio de jurisdicción, pues el laudo transita a cosa juzgada, nos alejamos de la concepción que considera la autoridad del tribunal como un fenómeno que acontece a sí mismo, y en cambio, nos circunscribimos con razones fundadas en el cumplimiento de funciones públicas, en que dicha autoridad proviene de la voluntad del Estado que se manifiesta permisiva a subrogar su función jurisdiccional, muy a pesar del afán que el mecanismo arbitral resuelve en la búsqueda de una justicia pronta. En ese sentido, afirmamos que los árbitros y el tribunal deben buscar lo justo.

---

[627] Ibid.
[628] BERCKEMEYER Olaechea, F, 2020. Al calor de un disenso. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 303–314. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.016

Un punto importante en la discusión gira en torno al número de instancias que desarrolla el proceso arbitral. Consideramos que, entre una única instancia y una segunda instancia, al menos en lo que a asuntos en que se inmiscuyen bienes públicos y elementos fundamentales, resulta de mejor garantía contar con dos, aún, teniendo la posibilidad de revisión en sede judicial.

En ese sentido, se discrepa de la posición que soporta la utilidad del arbitraje en la ausencia de la segunda instancia, pues no es en ello en lo que radica la eficiencia del sistema arbitral sino en el uso de las formas que los particulares, los árbitros, usan para la solución del conflicto y en las diferencias logísticas, especialmente las relacionadas con la congestión judicial, lo que otorga un resultado veloz.

Así, vale también observar que las anulaciones por defecto de motivación se permiten en el sistema de arbitraje como una garantía judicial del imperio del Estado que otorga o permite a los particulares retrotraer a sus manos la administración de justicia, aunque se considere por parte de la doctrina como un peligro "que solo crece cuando existen cortes que aceptan que se empuje por la puerta del debido proceso argumentos que versan sobre el fondo del asunto como ocurre habitualmente con las anulaciones por "defecto de motivación"[629] .

Sobre la confidencialidad que el voto disidente rompe, solo nos ocupa decir que, en tratándose de bienes o valores públicos, esta debe ceder al interés general en la medida en que este se superpone a los de naturaleza económica de los particulares, en la medida en que aquellos busquen el resarcir daños y perjuicios en una posible responsabilidad pecuniaria del Estado.

Importante resulta señalar que, el problema de los efectos en el mercado del voto disidente no es en sí mismo jurídico, sino, de carácter ético. Al respecto, nos basta con afirmar que existen normas formales y sustantivas que reglan y regulan la actividad con la intención correctiva de acciones desleales y personalísimas hacia el bien común de la justicia.

Con todo, afirmamos de forma contundente que un actuar desleal con las partes no puede ser considerado menos que un acto de corrupción de los árbitros, muy a pesar

[629] Ibid. BERCKEMEYER.

de los altísimos estándares exigidos en las diferentes jurisdicciones para decretar la nulidad del laudo.

En similar sentido, se aborda de forma diáfana la problemática que presentan los convenios asimétricos de arbitraje en los acuerdos de inversión. Se parte de la disyuntiva sobre su validez en tanto su asimetría podría comprometer elementos del debido proceso o favorecer de forma inequitativa la relación contractual entre las partes al generar barreras de acceso a la justicia.

El análisis de la figura concluye como resultado su validez, en tanto, pactos de voluntad entre las partes. Siendo el fundamento primordial de su validez la autonomía, según Dannon[630], la distribución de las cargas y obligaciones le compete de forma exclusiva a aquellas, sin perjuicio de la existencia de límites que impida la desnaturalización de la figura hacia pactos desequilibrados que socaven la materialización de derechos sustanciales.

Dichos límites están dados por los principios jurisdiccionales, pues, como hemos dicho con anterioridad, el pacto arbitral persigue la justa solución de las controversias que tengan ocasión con el contrato de inversión.

En resumen, se afirma que siendo el contrato un medio, la justicia, que monopoliza el Estado, un fin, y el mecanismo de arbitraje una herramienta que permite a las partes componer sus conflictos, no hay objeción en que estas se den sus formas en un marco de garantías mínimas que no requieren ser sinalagmáticas.

Escindir al convenio de su naturaleza contractual es un despropósito. Requiere su comprensión abarcar la expresión de la voluntad particular en un contexto institucional más complejo, en el que, las decisiones individuales tienen repercusiones sobre valores que les superan, y, como consecuencia, la figura arbitral deba sostener un equilibrio entre la disposición de los derechos y el objeto de la figura convencional, que no deja de ser la búsqueda de la justicia material. De ahí que resulte apenas natural que el ejercicio arbitral, aún, siendo asimétrico y válido, deba someterse a criterios básicos de justicia procedimental.

[630] DANNON Alva, A. 2020. Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 59–97. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.003

No merece menos atención la tensión generada por el desarrollo de los pueblos amazónicos y la conservación y cuidado de la Amazonía. Resulta de particular interés para Colombia, en tanto, su explotación intensiva resulta censurable por las obvias implicaciones ambientales para el mundo.

No obstante, el reconocimiento del desarrollo económico como un elemento fundamental para las sociedades requiere - para sus poblaciones específicas- modelos que inserten lógicas de inversión que garanticen una adecuada explotación de los recursos naturales, al tiempo que se brinden garantías a los inversionistas extranjeros, sin socavar el bioma.

Consonante con esta postura se encuentra el trabajo en materia de arbitraje ambiental de De Luis García que examina "… los elementos para establecer un adecuado sistema de arbitrabilidad para la reparación del daño derivado de disputas medioambientales."[631] para el cual concluye que dicho sistema debe partir de tres cuatro premisas, a saber: "(i) transparencia y acceso a la información; (ii) especialización de los árbitros; (iii) posibilidad de intervención de terceros; y, (iv) previsión de reclamaciones colectivas"[632].

Al respecto, es de nuestro interés el análisis realizado por la autora, en tanto, define lo arbitrable de los asuntos ambientales, en lo que a responsabilidad civil por el daño causado se refiere. Se identifica con la idea de, o, al menos puede relacionarse con ella, el sustrato material de la dignidad humana, afectado de tal forma que resulte necesario para un equilibrio de lo justo, resarcir.

Un asunto de escalada importancia es la corrupción en el sistema de inversiones internacionales. Abordarlo requiere tomar el objeto de estudio en dos momentos. El primero, previo a la firma del acuerdo, y, el segundo, durante su ejecución, incluyendo la ejecución del convenio o pacto arbitral.

En general, la corrupción se considera un mal que atenta contra el desarrollo de las naciones y se lo contrasta con la idea de anteponer intereses particulares sobre el bien general, por lo cual, y en coherencia con la definición de inversión internacional

[631] DE LUIS GARCÍA, E, 2020. Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los Derechos Humanos. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 505–151. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.028
[632] Ibid. De Luis García.

aportada, el fin del sistema de protección de la inversión internacional se constituye también para brindar garantías sobre la probidad de la inversión.

En este contexto, las acciones de corrupción sobre las inversiones se regulan por instrumentos jurídicos del orden internacional e interno de los Estados. Las decisiones relacionadas con sus efectos han sido proferidas por árbitros y jueces en sentidos sustanciales similares. A pesar de las diferencias que pueda suscitar la particularidad de cada caso en los estándares exigidos y las formas de corregirla, demostrada, es el único camino.

Al respecto, ÁLVAREZ CALDERÓN[633] ofrece respuesta en la tensión generada frente a las alegaciones de corrupción como defensa de los Estados para desestimar las alegaciones del inversor con un test de ponderación que hallamos de posible utilidad. Un paso a paso consistente en: i. Determinar si la oportunidad, circunstancias y magnitud de los actos de corrupción afectaron la formación de la inversión y el consentimiento al arbitraje del Estado receptor; ii. Determinar si el Estado receptor adoptó acciones para investigar, denunciar y sancionar a las partes involucradas en los actos de corrupción de manera oportuna, una vez que tomó conocimiento de su ocurrencia; y, iii. Ponderar: "(i) la oportunidad, circunstancias y magnitud de los actos de corrupción, contra (ii) la respuesta del Estado receptor a la corrupción…"[634].

El resultado puede dar dos posibles respuestas: i. Que el Estado receptor haya condonado los actos de corrupción, y entonces, el tribunal rechace la defensa y confirme su jurisdicción; ii. Que el Estado receptor no haya condonado los actos de corrupción y haya adoptado acciones relevantes para investigar, denunciar y sancionar a los involucrados, aceptar la alegación de corrupción y no confirmar su jurisdicción.

Finalmente, la autora concluye:

> "En cualquier caso, el resultado de este análisis deberá generar suficiente convicción y certeza en el tribunal de que la corrupción efectivamente existió y que fue de una severidad tal que amerite negarle al inversionista el acceso a la protección del sistema de arbitraje de inversión ante la alegada violación de sus derechos por parte del Estado receptor"[635] .

[633] ALVAREZ Calderón Campos, A, 2020. Corrupción en arbitraje internacional de inversiones: ¿es un peligro o un salvavidas para países en desarrollo? *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 457–466. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.025
[634] Ibid. Álvarez (2020)
[635] Ibid. Álvarez (2020)

Un fenómeno encontrado que llama la atención es la sobre interpretación de los alcances de la cláusula de nación más favorecida. Consiste en que, a través de la interpretación de la cláusula de NMF, se permita la aplicación de cláusulas o normas que no se encuentran original ni explícitamente en el instrumento de inversión negociado. Tal funcionalidad, que busca proteger la inversión, da lugar a la apertura y homogeneidad al derecho internacional de las inversiones.

La estipulación, prevé que, de forma estructural, los mecanismos y condiciones de otros tratados negociados con posterioridad, más favorables al inversionista o al Estado, tengan aplicación para aquellos pactados antes de su suscripción.

Bajo esta lógica, el uso de cláusulas paraguas a través de la Cláusula de NMF resulta posible y un mecanismo de protección de las inversiones para los particulares que no consideraron en sus contratos las condiciones mejores que se hallen en los tratados que, en principio, no les serían aplicables sin aquellas.

El uso de estas cláusulas ha ofrecido diversos análisis en la jurisprudencia y en los laudos arbitrales, en cantidad como en alcance, de ahí que se considere acertado el uso de la preposición. Se recomienda la lectura del trabajo de DE LA FLOR PUCCINELLI con quienes se coincide, particularmente, en que:

> "La importación de cláusulas paraguas a través de Cláusulas de NMF es una práctica que condice con la finalidad de las Cláusulas de NMF y, en general, con la fundamentación del derecho internacional de inversiones. Dicha aplicación no desnaturaliza la finalidad de las Cláusulas de NMF, salvo que del texto y contexto se concluya que dicha importación no es aceptable. Un Estado que prefiera evitar ese tipo de supuestos, es libre de solo celebrar tratados que restrinjan dicha aplicación" [636].

Por otro lado, el efecto armonizador encuentra complemento en el fenómeno material de armonización de la igualdad formal, exigible a los ordenamientos jurídicos que gozan de una economía liberal.

Lo anterior, se dice, en tanto, las Cláusulas de NMF y las cláusulas paraguas, protegen la competencia en el mercado y, así, la propiedad privada, retirando barreras

[636] De la Flor Puccinelli, N., & Quiroz Arellano, M, 2020. Importando paraguas: las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 467–483. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.026

de acceso a los mercados como un trato desventajoso que reduzca la capacidad de competencia frente al nuevo inversor.

También coincidimos con los autores en que:

> "f) La aplicación de cláusulas paraguas mediante una Cláusula de NMF, como toda importación de estándares de protección sustantivos, genera un beneficio para la comunidad internacional en general, debido a que promueve una conducta más estricta de parte de los Estados en sus relaciones con los inversionistas extranjeros, exigiéndoles protecciones mayores que pueden haber dado posteriormente en otros tratados"[637] .

Sin embargo, esta exigencia de trato favorable debe considerarse a la luz del interés público, pues el Estado receptor tiene la obligación de proteger el mercado interno, y solamente estaría facultado para pactar elementos que extiendan los beneficios de manera recíproca.

No siendo así, el AII se afectaría con un desequilibrio que rompería con el equilibrio predicable de todo acuerdo de voluntad, debiendo ajustar su interpretación al criterio de igualdad formal buscando el sinalagma de la cláusula de NMF para salvar su validez. Es decir, la extensión de los beneficios sería válida únicamente si opera en ambos sentidos del tratado o del contrato beneficiando a las dos partes.

De ello se extrae, también, que el Estado debe ser estratégico al momento de otorgar tratos más beneficiosos, pues, al tener que aplicarlos a todos los inversionistas extranjeros, en suma, puede generar desventajas para los agentes de su mercado interno con un efecto de desigualdad material.

Para finalizar con este epígrafe, dirigimos nuestra mirada hacia el mercado de los contratos en América Latina a través del trabajo realizado por CUNIBERTI Y SEGOVIA; los autores nos dicen:

> "Our study reveals, however, that parties to Latin American international transactions barely use their power to choose a law other than the law of origin of one of the parties, and rarely dissociate the seat of the arbitration from the law governing the transaction. This suggests that their choices are essentially dictated by the relative bargaining power of the parties and the

[637] Ibid. De La Flor Puccinelli, (2020)

appeal of resolving disputes at home, before an arbitral tribunal sitting in the jurisdiction and applying the law of the party who was able to impose his preferences"[638].

A pesar de considerar que el poder de negociación es un determinante del resultado final de los acuerdos, consideramos que el real elemento que determina el uso de la ley doméstica, por encima de otros aspectos, consiste en un factor cultural relacionado con la confianza en las instituciones locales como un elemento de conocimiento para las partes.

Es decir, al conocer mejor la norma local, y hallarla suficiente para el cometido de proteger las expectativas del negocio, resultan suficientes. De esto se explicaría, realmente, la tendencia de no escoger normas foráneas que se desconocen y, en esa medida, aun siendo más eficientes, generan incertidumbre. Al respecto, no se cuenta con evidencia empírica, sin embargo, en gracia de discusión, pueda tomarse como un punto por estudiar con mayor detenimiento.

Además, este factor sería consistente con la tendencia que persigue el Derecho Internacional Público de sopesar en la balanza los intereses particulares de los inversionistas y los órdenes públicos y seguridad nacional de cada Estado, en tanto, pueda ser una forma de consolidar la institucionalidad local como respuesta a la corriente globalizadora que, se ha dicho, mina la soberanía.

Sobre el particular, CUNIBERTI Y SEGOVIA identifican Estados que se han abierto el mercado de los contratos y otros, como Brasil, que protegen el sector legal de forma fuerte, afirmando:

"Until recently, the presence of international law firms in Latin American countries was very limited (Gómez & Pérez-Perdomo, 2018, p. 18). In certain countries like Brazil, the national legal sector is strongly protected, and the local bar association imposes severe restrictions which make it difficult for foreign law firms to enter into the local market. By contrast, other countries have opened their lo- cal markets to foreign firms (Gómez & Pérez-Perdomo, 2018, p. 19). This has long been the case of Mexico and Venezuela, for instance. In Mexico, a number of international firms have opened offices of significant size in recent years"[639].

Finalmente, concluyen:

[638] CUNIBERTI, G., SEGOVIA, M. J., 2020. Choice of Law in Latin American Arbitration: Some Empirical Evidence and Reflections on the Latin American Market for Contracts. *SSRN Electronic Journal*, p.p. 35–57. Disponible en: https://doi.org/10.2139/ssrn.3668867
[639] Ibid. Cuniberti y Segovia (2020)

> "Our study reveals, however, that parties to Latin American international transac- tions barely use their power to choose a law other than the law of origin of one of the parties, and rarely dissociate the seat of the arbitration from the law governing the transaction. This suggests that their choices are essentially dictated by the relative bargaining power of the parties and the appeal of resolving disputes at home, before an ar- bitral tribunal sitting in the jurisdiction and apply- ing the law of the party who was able to impose his preferences. In contrast, parties seem to choose the law of a third country in rare circumstances. If there is a Latin American market for contracts, it does not seem to be very active"[640].

De modo que, comprender la estructura de los AII a la luz del DIP resulte una base necesaria para la construcción de argumentos estratégicos y aceptables que incorporen y reconozcan el grado de importancia de los principios de lo público en la esfera internacional.

2.2. Altos costos de defensa ante los tribunales arbitrales

Sabido que los beneficios para el estado receptor de la inversión, por condenas de cuantiosos laudos, es un problema que afecta de forma sistémica la realidad, resulta un menester continuo el elaborar una política pública o adaptarla a un marco de acuerdos internacionales más conveniente para los estados garantes de estabilidad económica. Así, es necesario que aquella implique y aborde un estudio de factibilidad en materia de protección de las inversiones, y de equilibrio con otros valores tan importantes como la soberanía nacional, la transferencia de tecnología y el progreso de las civilizaciones, de modo que el estado en desarrollo evite ser condenado.

Esto se determina a partir del costo del caso, el valor del impacto recibido con sus respectivas indexaciones. Si se pretende la reforma del derecho interno, uno de los objetivos planteados debe ser, en la política pública que ejecute las relaciones internacionales, en aplicación de la ley interna, el obtener el mejor resultado en términos de eficiencia normativa y equilibrio económico. De este modo, las expectativas legítimas del inversionista se ajustarían a la situación del mercado nacional, en tanto, existen diferencias en los criterios del derecho interno y el internacional para calcular, por ejemplo, la compensación en casos de expropiación. Así, en Saco y Torres encontramos que:

> "Tal vez el criterio que diferencia a la regulación internacional de la nacional es el criterio para calcular la compensación. En países como el Perú, a los inversionistas nacionales

[640] Ibid. Cuniberti y Segovia (2020).

les toca un justiprecio en base al mandato constitucional, mientras que los inversionistas extranjeros serán compensados en base al valor de mercado de su inversión"[641].

Los costos de defensa que deben asumir los estados parte de los AII demandados ante los tribunales arbitrales deben comprenderse de forma holística, es decir, bajo el entendimiento de la gestión del estado como un fenómeno complejo que se desarrolla a partir de instrucciones inmateriales, pero que requieren de la intervención de sus agentes en un nivel material.

De modo que, no se puede hacer un ejercicio netamente matemático, sino, resulta necesario extrapolar las cifras y la información que ellas representan hacia facetas del estado en una exploración trascendente del significado del dinero y del valor en la gestión de los recursos escasos, precisamente porque el uso específico del erario que se le ha encargado al estado debe tener como norte único el cumplimiento de sus fines.

Con mayor ahínco, en la medida en que, como se encuentra en CASTRO PEÑA "Estudios de organizaciones internacionales han afirmado que no existe una correlación entre el flujo de IED recibida y los tratados internacionales con cláusulas de arbitraje inversionista-Estado"[642], por lo tanto, su examen es un imperativo de eficiencia para el estado receptor.

En ese sentido, hacia el 2013 MAMANI infería que los costos de los AII serían asumidos en el corto y mediano plazo por los estados en vías de desarrollo, como se aprecia a continuación:

> "Esta dinámica evolutiva a juicio de UNCTAD está llevando a que el régimen de AII esté tomando cuerpo y potencialmente está creando la oportunidad para una mayor coherencia, balance y efectividad del régimen internacional de inversión, factor que a la larga asegurará que éste sea más eficiente y conducente al crecimiento y desarrollo; aspecto que nos lleva a inferir que al menos en el corto y mediano plazo, los costos (económicos, políticos, sociales, medioambientales) de los actuales Acuerdos de Inversión que son asimétricos y desiguales, continuarán siendo asumidos por los países en desarrollo y en transición"[643].

Así, los costos de defensa ante los tribunales deben considerarse desde el momento en que se disponen recursos para el funcionamiento de una porción de la

[641] Ibíd. SACO y TORRES. Op Cit.
[642] Ibid. CASTRO. Op. Cit.
[643] Ibid, MAMANI, Op. Cit.

burocracia con el propósito de captar inversión extranjera, o, dicho de otra forma, para importar capitales para el cumplimiento de los fines encomendados en su derecho interno.

De este modo, la noción de costo debe comprender también las etapas previas y negociales con los estados y los inversionistas interesados, que, en estricto sentido, desde una perspectiva de gestión pública, finalizaría con el pago de las condenas proferidas por el CIADI y avaladas por el comité de anulación. Esto, en tanto, el funcionamiento del estado obedece a lógicas estructurales que se concatenan como causa-efecto en un ejercicio de proyección.

Con esa concepción del costo, la gestión de las demandas para el estado no consiste únicamente en la defensa judicial, sino que implica toda "…una estrategia completa sobre prevención y administración de controversias internacionales de inversión de la cual deben formar parte fundamental, TODAS las entidades y agentes del Estado"[644], factor que debe ser considerado también para el análisis del impacto en el erario al sostener una cierta participación en la comunidad internacional, pues se disponen recursos para prevenirlas. En este orden de ideas, se encuentra en CASTRO PEÑA, en los numerales 2 y 3, una síntesis que ilustra y da idea del aparato burocrático necesario para lograr que estos negocios produzcan valor alineado a los fines del estado, que no representen pérdidas, particularmente, sobre Colombia, la autora anota:

> "Como se señaló anteriormente, debido al proceso tardío de negociación de los AII, la experiencia de Colombia ante los arbitrajes inversionista-Estado es diletante. Teniendo como antecedente la experiencia de los demás países latinoamericanos, y en vista de que el país no estaba preparado para prevenir y resolver eficientemente las controversias que surgiesen con ocasión de los tratados o de los compromisos establecidos en los contratos de inversión, fue necesaria una política de ajuste y fortalecimiento institucional para mejorar la habilidad del Estado para defenderse"[645].

Advertido lo anterior, la porción de recursos que involucra la defensa judicial del estado por demandas en el marco de AII, incluyendo los costos cuando se recibe una condena del CIADI, se presentan como pérdidas en un balance negativo de las formas de realizar sus fines con el acuerdo correspondiente, lo que amerita un análisis

[644] Ministerio de Comercio Industria y Turismo, 2013.Compromisos y obligaciones en materia de inversión. Disponible en: Conozca los compromisos y obligaciones en materia de inversión de Colombia (mincit.gov.co)
[645] Ibid. CASTRO. Op. Cit.

financiero del tratado a la par del análisis de riesgo jurídico para que, en una actitud responsable con los recursos públicos, se eviten pérdidas futuras e impactos negativos en los procesos sociales, particularmente de desarrollo en los territorios que históricamente han requerido inversión y que son los que mayor impacto negativo sufren por la intervención inescrupulosa de agentes foráneos.

De este modo, el costo de la defensa judicial se puede analizar también como un costo de oportunidad, pues de no existir la controversia -evitable con una gestión adecuada- se podría disponer de esos recursos en necesidades básicas insatisfechas, innovación, ciencia, tecnología u otro campo mucho más provechoso para el desarrollo y consolidación de los DDHH en los estados receptores de la inversión. Se trata, en suma, de una actitud estratégica que, se repite, debe hacer parte del ejercicio de la función administrativa.

En ese sentido, y conscientes de que la coyuntura que atravesamos ha sido impactada sin precedentes por la tecnología digital, la transferencia tecnológica que no se logra con el AII, representa también un costo, quizá uno de los más importantes, a considerar. Al respecto, MAMANI sostiene:

> "Es claro que la transferencia tecnológica no es una consecuencia automática de la inversión extranjera y por tanto requieren un conjunto de políticas tendientes a viabilizar la absorción de las externalidades positivas, sin embargo, prohibiciones como las de transferencia tecno- lógica o relativas a la investigación o relativos a la contratación de personal clave, o la ampliación a los servicios, constituyen una renuncia a las expectativas de beneficiarse de los spillovers tecnológicos que contribuyan al proceso mismo de desarrollo, dejando ahora sujeta a la mera voluntad de la ETN[646], perdiendo de vista, las causas principales por las que se promueve la inversión"[647].

Al respecto es necesario, por lo menos mencionar, el problema que representan las cláusulas de los AII en materia de requisitos de desempeño relacionados con la participación, o el disfrute, del estado receptor por el impacto positivo en el desarrollo, que se considera como la única justificación material para ceder parte de la soberanía al equipararse a cualquier particular en juicio. Después de todo, los mandatos constitucionales están dirigidos a regular la propia función del estado en virtud del poder que recibe del pueblo (en las democracias modernas o con aspiraciones de

[646] Empresa Transnacional
[647] Ibid, MAMANI, Op. Cit.

modernidad). Entonces, el negocio no puede girar tan solo en torno a la protección de la inversión foránea, debe existir un equilibrio entre las utilidades causadas al proyecto y el impacto positivo en el bienestar social, de otro modo, el detrimento al erario se hace plausible.

Además, la preferencia o las garantías ofrecidas al inversor extranjero, en sí mismas, ya constituyen una distorsión al mercado nacional. El estado, en su función de regulador del mercado, no puede establecer relaciones jurídicas con ninguna entidad, sin que exista un equilibrio que permita compensar en algún momento dicha distorsión, por lo tanto, las cláusulas de prohibición de rendimiento que restringen los beneficios de transferencia tecnológica, y todas aquellas orientadas a restringir el acceso a la tecnología del estado o el inversor extranjero, cuando se justifique a partir alguna "*distorsión en el mercado*" desfavorable para el inversor, deben tenerse como no escritas, sin embargo, lo que se evidencia en la práctica es su estipulación como regla general.

> "En el caso de Colombia y Perú, se observa en los últimos acuerdos de inversión suscritos la incorporación y consolidación de la prohibición de requisitos de desempeño, convirtiéndose ahora en la regla. Es claro y evidente, como se hizo notar, que el TRIMs o Acuerdo MIC es la única normativa común de los andinos en materia de requisitos de desempeño; sin embargo, ésta queda limitada al ámbito de las mercancías, y en cambio, los acuerdos que se celebran actualmente amplían su campo de acción a los servicios, al área de transferencia tecnológica y además incorporan prohibiciones con relación al personal de alto nivel ejecutivo, más allá de las excepciones y reservas que se realicen con respecto a estas áreas, pues a pesar de ello, disminuyen considerablemente el margen de maniobra de los países. Además de los efectos negativos sobre la absorción de las externalidades y la canalización de inversiones hacia determinadas actividades o sectores económicos, así como el desarrollo de la industria nacional, constituyen limitantes para las estrategias de desarrollo futuras, tomando en consideración la vigencia de este tipo de acuerdos, que incluso una vez realizadas las denuncias surten efectos por periodos prolongados (en general 10 a 15 años)[648]".

En cuanto a la transferencia de tecnología como política pública, en términos de valor público y capital de conocimiento, es necesario plantear que, incluso desde las etapas previas a la de ejecución o ingreso de la IED, debe haber un resultado o un elemento residual (un documento público técnico) que permita inferir transferencia de conocimiento, frente al particular, concluye Mamani:

[648] Ibídem

> "Respecto a los acuerdos internacionales de inversión que actualmente siguen Colombia y Perú, es necesario ser lo más específico posible en cuanto a su regulación, para evitar al máximo las posibles incoherencias, vacíos, ambigüedades en el contenido de los acuerdos de inversión e impulsar con mayor énfasis, normativas que muestren las preocupaciones y acciones reales respecto al desarrollo y en este sentido explicitar mayores obligaciones para los inversionistas extranjeros vinculadas al desarrollo, la pobreza, los objetivos nacionales de desarrollo y que no simplemente queden como una mera intención"[649].

Por lo anterior, es que se requiere en la etapa negocial el pleno conocimiento de las capacidades para cumplir y de los contextos que puedan afectar el cumplimiento de los acuerdos por parte del estado receptor, para, de este modo, formular obligaciones que no sobrepasen su capacidad de ejecución, regulación y garantía de otros valores. Cabe advertir que, al ser decisiones políticas, íntimamente relacionadas con la gestión del futuro, la configuración de obligaciones requiere de un enfoque de prospectiva que poco a poco se ha desarrollado a través de la experiencia interna e internacional.

Dicho lo anterior, vale también decir que resulta imposible imaginar en nuestra era globalizada e hiperconectada, un estado sin mecanismos establecidos con el ánimo de movilizar capitales, tecnología y buenas prácticas a su territorio, sin embargo, la movilización de IED no se realiza únicamente a través de los AII; se encuentra en CASTRO PEÑA que "Un ejemplo de ello es Brasil, quien no ha ratificado ningún TBI y a pesar de ello es el país que recibe la mayor inversión extranjera de la región."[650], más adelante, desarrollando el asunto referido específicamente a la etapa de arreglo amistoso, nos dice:

> "Como se mencionó anteriormente, este país no ha ratificado ninguno de los TBI suscritos; empero, en su ánimo de promover la inversión extranjera creó su propio modelo, denominado "acuerdos sobre cooperación y facilitación de inversiones" (ACFI), y tiene uno suscrito con Colombia, estos acuerdos se destacan principalmente por prever únicamente el mecanismo de resolución de controversias Estado-Estado, y no el tradicional arbitraje inversionista-Estado.
>
> Los ACFI tienen comités conjuntos similares a los que tienen los TLC; dentro de las funciones y responsabilidades de estos comités están, entre otras, resolver las cuestiones de manera amistosa y analizar los casos que afecten económicamente la inversión de un inversionista extranjero. La creación de estos comités en los AII suscritos por Colombia o al menos en la regulación que tiene Colombia ayudaría a que esta etapa de arreglo directo sea

[649] Ibíd. MAMANI, Op. Cit.
[650] Ibid. CASTRO. Op. Cit.

eficiente a la hora de lograr un arreglo amigable, y a que no se trate meramente de una fase previa que deba agotarse" [651].

Se encuentra una propuesta similar en Saco y Torres[652], basada en derecho interno, que en resumen consiste en realizar modificaciones internas, que principalmente afectan la rama del derecho administrativo interno -sustancial y procesal- y las políticas públicas, en tanto, requieran estándares internacionales de inversión extranjera específicos como un mínimo de protección al inversor -lo cual dependerá directa o indirectamente de la estrategia de desarrollo de cada estado-, balanceado con la situación de menor desarrollo propia de los estados receptores, permitiendo, en un ejercicio de equilibrio en la confianza a las instituciones internas resolver primeramente las controversias bajo su propio derecho; entonces, básicamente consiste en implementar en el derecho interno, un mínimo esencial de derecho internacional de inversiones, determinado por criterios de justicia, necesidad y oportunidad que, claramente deberán incorporar los documentos del negocio de inversión.

Profundizan la idea y la explican en la medida en que "… en base al principio generalmente reconocido de que no se puede alegar el derecho interno como excusa para el incumplimiento del derecho internacional.", bajo el argumento principal de que "… el derecho interno ya es utilizado para alcanzar el cumplimiento de las normas de los acuerdos internacionales de inversión.", premisas bajo las cuales proponen, en el tema específico de la expropiación indirecta "… «ilegal» o que no cumple con los criterios del tratado para todo tipo de expropiación, puede lograrse internamente aplicando los conceptos de derecho a la propiedad y otros derechos civiles"[653].

La estrategia, esencialmente, tiene el objetivo de atraer inversionistas extranjeros a partir de las normas de derecho interno y la fortaleza institucional de las dependencias, organismos y funcionarios que sus actividades estén directa o indirectamente relacionadas con la gestión de la inversión.

Al respecto, se coincide con lo dicho por los autores, en tanto, que:

[651] Ibid. CASTRO. Op. Cit.
[652] Ibid. SACO y TORRES. Op Cit.
[653] Ibid. SACO y TORRES. Op Cit.

> "El empoderamiento del poder judicial será un factor clave para generar contrapesos y controlar la implementación de las leyes, su independencia y eficacia crearán confianza en los inversionistas. Como la empresa necesita soluciones rápidas y confiables, también es posible dar competencia a los tribunales de arbitraje para resolver disputas sobre asuntos económicos, como ya sucede en países como Brasil que no tienen ningún Acuerdo Internacional de Inversión ratificado"[654].

De este modo, el organismo que resuelve la controversia se somete a los propios mecanismos de control del estado, en el ejercicio del poder soberano. De cualquier modo, la existencia de una porción de la judicatura dedicada a resolver las controversias que, como se ha visto, no son tan frecuentes como las de otras ramas del derecho, debe justificarse en factores más allá de su cuantía, sin embargo, en abstracto no se visualiza motivo para que no exista un procedimiento especial que se tramite por la jurisdicción civil o la que avoca conocimiento de los asuntos públicos, en una sala especial de inversión extranjera en primera instancia con una sala plena para garantizar la doble instancia. Así mismo, será necesario determinar responsabilidades de los funcionarios intervinientes en los procesos de negociación, ejecución y gestión de la controversia.

El objetivo de la estrategia consiste en generar previsibilidad, seguridad jurídica y confianza en el sistema interno al inversor, de modo que, sus expectativas legítimas tengan el respaldo necesario para recibir una decisión justa y satisfactoria al final del proceso de inversión.

Un tema por considerar es el trato diferencial al extranjero, que en términos de costos implica el análisis de sus ventajas competitivas sobre las empresas nacionales; la protección a la industria nacional debe enfocarse en elevar la capacidad competitiva de los nacionales y a eso deben dirigirse los recursos logrados a partir de la recepción de la inversión, como también la presencia de las empresas foráneas en el territorio nacional, es imperativo que el resultado de la negociación permita la incorporación de los nacionales del estado receptor en las cadenas globales de valor.

No hay que olvidar que el trato diferencial al inversor se basa precisamente en la diferencia en los niveles de desarrollo general en el territorio del estado receptor.

Otra estrategia podría consistir en expedir una normatividad interna especial para el manejo de los inversionistas extranjeros, que le entregue al estado competencias

[654] Ibídem

y habilidades suficientes para arreglar las controversias sin acudir al arbitraje internacional, pero que a su vez salvaguarde el interés público nacional y territorial con facultades de expropiación y compensaciones claras con las que un inversionista cuente desde el principio para realizar una adecuada gestión del riesgo y determine de forma precisa y racional sus expectativas legítimas. Lo anterior en la medida en que se sabe que todos los negocios implican un riesgo de fracaso y tal riesgo determina fácticamente las expectativas y las obligaciones.

Así, se puede concluir, y anticipar, que no constituyen expropiaciones indirectas, salvo en circunstancias excepcionales, las medidas reglamentarias no discriminatorias que se aplican para proteger el interés general, y, que la expropiación indirecta solo será predicable si, después de la entrada de la inversión, el estado cambia la regulación de mala fe o con la intención de nacionalizar los capitales, de manera que, expropiar siempre se justificará en los intereses públicos, por lo que delimitar cuando se puede o no, consiste en evaluar el interés específico del fin, bien u objetivo público que se busca proteger, por ejemplo, medio ambiente, vida, datos, seguridad nacional. Realizada esa ponderación, entonces, se cuantifica según las normas y las interpretaciones acordadas para determinar una suma de indemnización o compensación que permita un cierre cordial de la controversia.

En similar dirección, la tarea consistente en afianzar la soberanía del estado y la protección a nivel contractual en materias altamente sensibles que se puedan afectar por la ejecución de los contratos -bajo la idea de evitar un desgaste institucional en pleitos excesivamente costosos a nivel de recursos como a nivel de impacto social- se logra al establecer obligaciones muy bien definidas frente a materias como medio ambiente, orden público, recursos naturales, datos, etc., de modo que el margen de afectación al erario y el proceso de desarrollo, por la activación del mecanismo internacional, por parte del inversor se reduzca al mínimo posible, cuando no a cero.

De este modo, en la instancia negocial se reducen los factores que puedan desencadenar un litigio arbitral, y, en cambio, se logra la consolidación del sistema internacional como un mecanismo que de forma efectiva y eficiente provee de insumos para el desarrollo de los países a partir de transferencias equilibradas de valor.

Así, como se había previsto con anterioridad, en un ejercicio propositivo para siguientes investigaciones, se plantea que, como parte de una solución integral, se acuda

al ordenamiento jurídico interno para perseguir el patrimonio de los funcionarios que agencian de forma inadecuada estos negocios a partir de juicios de responsabilidad fiscal y, también la persecución en materia disciplinaria, lo que es un imperativo constitucional para los conocidos entes de control. Esto, se piensa, puede disuadir a los agentes de realizar una mejor función a la hora de firmar acuerdos y ejercer la defensa, como también de apartarse de negociaciones que impliquen una cesión extralimitada de la soberanía.

Al respecto, en Colombia, la Corte Constitucional juega un papel protagónico, en la medida que su jurisprudencia cambia el sentido o la intensidad de control sobre la firma de los AII acogiendo un juicio de razonabilidad, en lugar de su tradicional control leve de constitucionalidad en los casos de Francia e Israel. De ello, Pontón y Prieto realizan una síntesis analítica que se puede resumir de la siguiente manera: de la práctica y el análisis juicio de los AII, superada la tendencia avasalladora de la victoria neoliberal, los estados receptores encontraron que el mecanismo de AII para atraer IED, fueron menos eficientes de lo que se creía; en consecuencia, algunos renegociaron y otros denunciaron los acuerdos, a partir de ello, su validación constitucional pasa de ser un análisis leve, dada la independencia del ejecutivo para ejercer sus facultades internacionales, y pasa a ser un análisis profundo en la medida en que, consideradas normas jurídicas que obligan al estado, sus disposiciones pueden afectar profundamente el orden constitucional.

> "Para los dos casos en concreto, la Corte por primera vez, abandonó el control leve por un juicio de razonabilidad, que dejó entrever que distintas disposiciones de estos AII admitían interpretaciones contrarias a la Constitución, y condicionó su ratificación a la suscripción de declaraciones interpretativas conjuntas con los gobiernos de Francia y de Israel que precisaran el contenido y el alcance de dichas disposiciones ."[655]

Lo anterior permite formular dos inquietudes, en primer lugar, si existe la posibilidad jurídica de realizar aplicaciones retroactivas del juicio de razonabilidad cuando se halle que las cláusulas de arbitraje, de los tratados firmados con anterioridad, vigentes y no vigentes, a estos pronunciamientos, si contrarían la Constitución, en virtud de la diferencia sustancial que considera las categorías de control leve y juicio de razonabilidad, de ser afirmativa la respuesta, la segunda inquietud radica en el hecho de poder declarar su inexequibilidad, o su exequibilidad condicionada o parcial, y la

[655]Ibid. PONTÓN y PRIETO. Op. Cit.

posibilidad de realizar interpretaciones actuales que permitan concluir que las expectativas del inversor no son legítimas en la medida en que, al ser contrarias a la Constitución entonces y ahora, nunca lo fueron.

Ahora bien, las implicaciones normativas de estos fallos son claras, lejos de generar una prohibición para la suscripción de AII por parte del ejecutivo, el efecto contundente consiste en considerar el ordenamiento constitucional en la redacción de las cláusulas para su coherente interpretación, incluso por encima de interpretaciones acotadas por los organismos del Derecho Internacional. Es, sin duda, un ejercicio de soberanía que busca armonizar el valor del ordenamiento local con el del orden internacional, que sin duda repercutirá en la dimensión de las indemnizaciones pretendidas en caso de una eventual demanda.

2.3. Exclusividad dada al inversor extranjero para demandar ante los tribunales internacionales

La primera generación de AII reguló el acceso a los tribunales de arbitraje del CIADI de forma exclusiva para los inversionistas. Para el caso colombiano, y siendo suficiente ilustración para comprender el asunto, se tiene el TLC con Canadá, en el Capítulo 8, Sección B - Solución de controversias entre un inversionista y la parte anfitriona, los artículos 819 y 820, que a su tenor se citan:

> **"Artículo 819: Reclamación de un Inversionista de Una Parte a Nombre Propio**
>
> Un inversionista de una Parte podrá someter a arbitraje una reclamación de conformidad con esta Sección en el sentido de que la otra Parte ha violado:
>
> (a) una obligación prevista en la Sección A, diferente a una obligación de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 802, los Artículos 812, 815 u 816; o (b) una obligación de conformidad con el subpárrafo 3(a) del Artículo 1305 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado -Monopolios Designados), o el párrafo 2 del Artículo 1306 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado - Empresas del Estado), sólo en la medida en que un monopolio designado o empresa del estado haya actuado de forma incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, diferentes a una obligación de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 802, los Artículos 812, 815 u 816, y que el inversionista haya incurrido en pérdida o daños por razón de, o como resultado de, tal violación.
>
> **Artículo 820: Reclamación de un Inversionista de Una Parte a Nombre de Una Empresa**

1. Un inversionista de una Parte a nombre de una empresa de la otra Parte que es una persona jurídica de propiedad del inversionista o que éste controla directa o indirectamente, podrá someter una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección en el sentido de que la otra parte ha violado:

(a) una obligación prevista en la Sección A, diferente a una obligación de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 802, los Artículos 812, 815 u 816; o (b) una obligación de conformidad con el subpárrafo 3(a) del Artículo 1305 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado - Monopolios Designados), o el párrafo 2 del Artículo 1306 (Política de Competencia, Monopolios y Empresas del Estado - Empresas del Estado), sólo en la medida en que un monopolio designado o empresa del estado haya actuado de forma incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección A, diferentes a una obligación de conformidad con el párrafo 4 del Artículo 802, o los Artículos 812, 815 u 816, y que la empresa haya incurrido en pérdida o daños por razón de, o como resultado de, tal violación.

2. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este Artículo y el inversionista o un inversionista que no controla la empresa presente una reclamación de conformidad con el Artículo 819 con fundamento en los mismos eventos que dieron lugar a la reclamación de conformidad con este Artículo, y dos o más reclamaciones se sometan a arbitraje de conformidad con el Artículo 822, las reclamaciones serán escuchadas conjuntamente por un Tribunal establecido de conformidad con el Artículo 826, a menos que el Tribunal determine que los intereses de una parte contendiente serían perjudicados por ello.

3. Una inversión no podrá presentar una reclamación de conformidad con esta Sección."[656]

La regla general, aplicada en la primera generación de tratados de protección extranjera, consistente en que la activación del sistema de solución de controversias internacionales reside de forma exclusiva en el inversor sufre como prerrogativa de aquel un proceso de descomposición en el que, bajo circunstancias contractuales específicas, se formulan diferentes opciones. Esto es que, en la nueva generación de tratados que protegen la inversión extranjera se pretenden desarrollar contenidos que le permitan a los estados activar y acceder a la protección especial y ventajosa de la institucionalidad internacional.

Así, Castillo[657] comenta el caso *Urbaser vs. Argentina*, en el cual el tribunal internacional permite actuar al estado como demandante a través de una demanda de

[656] CIADI (2006). *Convenio CIADI, reglamento y reglas*. Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversiones.

[657] Cfr. CASTILLO, Y. (2020). ¿Los Estados cómo demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo Urbaser vs. Argentina. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(20), p. 443, doi:10.22201/iij.24487872e.2020.20.14482.

reconvención. Lo anterior, en vista de que el contenido del acuerdo entre España y Argentina "no tiene una restricción *ratione personae"*, y, en esa medida, no existía ninguna limitación para el desempeño de ese rol por parte del estado estableciendo una oferta de arbitraje sin condicionamientos específicos relativos a las partes del acuerdo o sus participantes.

En ese sentido, la autora antes referida señala que, fijados en el consentimiento como elemento angular de las relaciones internacionales, y, particularmente en la activación del mecanismo de arbitraje, el del inversor no puede ser obviado a menos que el mismo tratado que rige sus actividades, o un acuerdo que despliegue derechos y obligaciones para las partes, contemple de forma expresa que será el estado receptor quién tenga facultad para ello, seguido, plantea que "… las cortes domésticas pueden iniciar una investigación contra un inversionista sin pedir su consentimiento, precisamente, porque los extranjeros, bajo el principio de territorialidad, están sujetos al ordenamiento legal del estado donde se encuentran"[658].

Este consentimiento, dice la autora, se manifiesta en la aceptación por parte del inversionista de la solicitud de arbitramento que el estado receptor haga ante el CIADI. En esta medida, el estado receptor, para acudir a esta instancia deberá contar con el beneplácito del inversor, no siendo así en sentido contrario, anota Castillo que, esta posibilidad de acudir al mecanismo internacional, aunque no se encuentre supeditada a ello, sí resulta funcional únicamente cuando hay obligaciones expresas, claras y exigibles para el inversor, así, para el caso estudiado anota:

> "En el tratado entre Argentina y España pese a la facultad que tienen las partes contratantes de llevar la controversia a un tribunal internacional, lo cierto es que las obligaciones están dirigidas a los estados y no al tercer sujeto no parte del tratado. de ese modo, no es claro cuáles son las obligaciones que asumen los inversionistas y por ende su exigibilidad".[659]

Respecto de Colombia, mencionado como un avance en la materia, se tiene que:

> "(…) en el nuevo modelo de acuerdo internacional presentado por Colombia, se indica que los inversionistas deben asumir como obligatorias las prohibiciones establecidas en

[658] Ibidem.
[659] Ibidem. CASTILLO, Y. Op.cit.

instrumentos internacionales relacionadas con derechos humanos y medio ambiente, so pena de que los beneficios del acuerdo le sean denegados al inversionista demandante"[660].

No obstante, la relación contractual que se avista siempre favorable para el inversor no se predica excluida del poder estatal del estado receptor, considera la autora que *"... las cortes domésticas son la alternativa más eficaz para atribuir obligaciones a las empresas transnacionales.*"[661] ,y, adicionalmente, en la variedad de configuración de los acuerdos, existe la posibilidad de limitar o restringir los beneficios de los que goza el inversor por el incumplimiento en sus obligaciones, sin embargo, debe contemplarse de forma expresa y bastante precisa.

Lo anterior pone de presente que, si bien la primera generación de acuerdos internacionales de inversión presentaron una predilección por el inversor, dadas distintas experiencias ha resultado siempre necesario establecer mecanismos que permitan equilibrar la relación contractual sometiendo a aquel al imperio de la ley, particularmente por mandatos de orden superior, bien sea producto de una interpretación sistemática que imponga límites, o, bien sea producto de la declaración de voluntad de las partes.

Esta nueva tendencia, permite argumentar que, aún en los tratados vigentes y pactados con cláusulas como las antes referidas, al resolver las controversias como un asunto de derecho público internacional, se invoque la integración normativa del orden jurídico interno y los principios internacionales a favor de los estados receptores, pues, al final, esta integración, como se explicará más adelante (en el título 4.2.3.) no está relacionada directamente con la disposición de voluntad en un ámbito netamente privado como con la naturaleza de los hechos que permiten el litigio, esto es, la coherencia del derecho y el orden público.

La integración normativa de los ordenamientos superiores y de elementos soberanos en los tratados internacionales está llamada a delimitar también la responsabilidad del inversor, sin embargo, siendo el estado el gestor de estas relaciones, es su responsabilidad proponer y balancear en la negociación de los acuerdos estos contenidos, pues, si bien se busca un sistema que favorezca la inversión extranjera no

[660] Ibidem.
[661] Ibidem.

puede ser a costa de los principios que fundamentan la autonomía y existencia de nuestras sociedades democráticas.

En ese sentido, la exclusividad dada al inversor para la activación del mecanismo arbitral es voluntaria, sin embargo, por la configuración de las relaciones políticas internacionales, se plantea su debate como una cláusula leonina siendo parte esencial de un sistema que de forma lesiva y desproporcionada, desequilibra la relación que en principio se tiene como entre iguales, pero que más allá de ofrecerse como una garantía para la protección del capital, resulta en un desequilibrio a lo largo de la relación negocial, permitiendo así que las actividades comerciales finalmente desemboquen en un mecanismo de explotación y saqueo de los Estados receptores de la inversión, precisamente por las mismas condiciones diferenciales que dan lugar a la garantía. En otras palabras, permitir la solución de la controversia a través del arbitraje es una garantía para la inversión, que únicamente el inversor pueda hacerlo, es un exceso que contraría el equilibrio contractual.

Como una tendencia en contra, en un ejercicio de soberanía nacional más conservador "Países como Brasil, Sudáfrica, Australia e Indonesia han rechazado la inclusión de cláusulas que contengan un mecanismo de solución de conflictos inversionista- Estado en aras de salvaguardar la soberanía nacional"[662].

En el siguiente acápite se explica como la exclusividad dada al inversor hace parte de este desequilibrio funesto.

2.4. Laudos arbitrales inconsistentes

Antes de proceder a evaluar la consistencia de los laudos arbitrales, conviene recordar la forma en que se componen los tribunales de arbitramento en el CIADI, del modo en que Quesada-Rodríguez lo sintetiza:

> "Para ese propósito, el centro hace disponibles paneles de calificados conciliadores y árbitros (al 3 de abril de 2018, existen 122 países parte de la Convención, los que aportan árbitros y conciliadores, ver lista de países en el anexo), de los cuales las partes en disputa pueden escoger y proveer reglas para la constitución del tribunal arbitral y el procedimiento a seguir ante ellos.

[662] Ibid. CASTRO. Op. Cit.

> "Los procedimientos arbitrales inician ante el requerimiento de unas partes contratantes o uno de sus nacionales, y finaliza con una decisión (Laudo Arbitral). A menos que las partes acuerden en el cuerpo de reglas o normas a hacer aplicadas, el tribunal debe basar su decisión en el derecho interno del Estado por parte en la disputa, y cualesquiera reglas o normas aplicables del derecho internacional. Los Estados contratantes se comprometen a ejecutar cualesquiera obligaciones pecuniarias, contenidas en un laudo dentro de sus sistemas de derecho interno, como si este fuera un juzgamiento final o de última instancia de un tribunal en ese Estado"[663].

Del mismo modo, conviene recordar que este mecanismo alternativo de resolución de conflictos se establece para que los inversores "*que alegan haber sido afectados por medidas que violan los términos de los TBI, puedan iniciar arbitrajes directamente contra el Estado huésped.*"[664], sin embargo, el mismo autor, y estando de acuerdo con él, considera que la decisión sobre muchos asuntos en esta instancia requiere de una perspectiva pública para considerarse como un real elemento de derecho. Así, a propósito del estándar de revisión, nos dice:

> "El arbitraje inversor-estado contemporáneamente no es simplemente otra forma de derecho privado comercial, con una parte siendo ahora un estado, sino son apropiadamente entendidos como una forma de arreglo de diferencias que, como muchos procedimientos judiciales internos o domésticos, también deberían operar en un contexto de derecho público. Por ejemplo, muchos de los actuales casos contra Argentina ante los tribunales del CIADI y otros Estados, emergen como asuntos que solamente pueden ser apropiadamente entendidos como temas de derecho público. Muchos Tribunales del CIADI continúan empleando estándares de revisión, desarrollados desde los orígenes del derecho privado del arbitraje internacional. Esto ha creado una falta de legitimación del sistema para algunos Estados que han amenazado con denunciar la convención"[665].

En ese contexto, la inconsistencia que se predica del sistema internacional de protección por la proliferación histórica y disímil de acuerdos internacionales de inversión con un sentido privatista marcado – que no pocas veces contradice mandatos de orden superior se traslada a la producción de laudos arbitrales en el CIADI, pues en línea con el origen volitivo de las obligaciones de cada acuerdo y la intención de proteger los capitales extranjeros -la inconsistencia en el laudo- deviene por dos causas, la primera: la imposibilidad de apelar la decisión, y la segunda, en la asimetría de las partes en el proceso. En ese sentido, la CEPAL dice:

---

[663] QUESADA-RODRÍGUEZ, Ó. (2018). *Arbitraje internacional Estado-Inversionista: Estándares de revisión, margen de apreciación, derecho y orden públicos*. Acta Académica. No. 62.
[664] Ibídem.
[665] Ibidem.

"En derecho constitucional eso es lo que se ha logrado con los sistemas de revisión judicial ("judicial review"). En el contexto constitucional doméstico se responde a la objeción de la falta de democracia del sistema señalando que la idea de soberanía popular permite darle sentido y legitimidad a las discusiones sobre lo que es bueno y justo para una sociedad determinada (Correa, 2008).

Sin embargo, a diferencia del sistema constitucional interno, los árbitros internacionales en materia de inversiones juegan con una serie de principios de índole constitucional pero el contenido de los mismos se determina conforme a criterios que sólo miran a la supuesta justicia conmutativa envuelta en la relación entre un Estado y los inversionistas extranjeros, o que sólo mira a los efectos económicos que una medida tuvo sobre el inversionista"[666].

Así, se plantea que la inconsistencia de los laudos arbitrales que se profieren son el resultado de un complejo marco que rige una relación desequilibrada en la que el Estado receptor de la inversión se enfrenta a inversores provenientes de estados desarrollados, y con ello, al soporte político del estado de origen de la inversión, reflejado en la comunidad internacional que provee y acciona mecanismos jurídicos, políticos y económicos para constreñir el cumplimiento del fallo que goza de la característica de no ser apelable. En concordancia, señala:

"Por lo tanto, no cabe duda que el sistema de protección de inversiones internacionales, bajo esta óptica, constituye una amenaza a nociones básicas de soberanía y democracia. Schneiderman (2008) sostiene que los tratados de inversión extranjera han creado un sistema de limitación constitucional del Estado similar a los sistemas constitucionales de derechos, frente a determinadas minorías, que en este caso serían los inversionistas.

De esta manera se contribuye a congelar la distribución actual de la riqueza y los sistemas regulatorios existentes, obligando a las generaciones futuras: "El sistema congela la distribución existente de la riqueza y privilegia la 'neutralidad del status quo' … Éste no sólo compromete al ciudadano con instituciones y reglas predeterminadas a través de las cuales se alcanzan objetivos políticos sino también institucionaliza una incapacidad jurídica para actuar en una diversidad de cuestiones económicas. No se trata de una estrategia de precompromiso habilitante, sino que, en vez, se trata de una estrategia que inhabilita.

En el fondo, el régimen de las reglas en materia de inversiones representa una forma de pre-compromiso constitucional vinculante a través de las generaciones que en forma insensata restringe la capacidad para autogobernarse".[667]

---

[666] NACIONES UNIDAS & CEPAL, 2010. Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales.
[667] Ibidem.

Como una posibilidad lo plantea también Castro Peña, así:

> "La experiencia en Latinoamérica en relación con los arbitrajes de inversión ha supuesto que se examinen las inversiones debido a la posibilidad de que sectores significativos para la economía nacional sean controlados por extranjeros, que podrían utilizar sus inversiones con fines de política exterior"[668].

También resulta posible calificar de inconsistente un laudo arbitral cuando se aplica el derecho interno de forma injusta, en contravía de las normas internacionales, sin embargo, dado el enfoque de la investigación el desarrollo del tema se centra en los laudos que determinan el cumplimiento de los AII sin la observancia del entramado institucional de orden superior.

Otro factor que alimenta la inconsistencia de los laudos arbitrales refiere a los límites que se impone a la divulgación de información sobre la controversia, en la medida en que establecer y mantener su reserva impide u obstaculiza la participación de grupos de interés que, por las mismas actuaciones del estado o del inversor sufren un perjuicio o consideran afectados algunos de sus derechos. Al respecto se encuentra en Castro Peña lo siguiente:

> "Este aspecto relativo a la confidencialidad solo tiene sentido en la medida en que no se ventile la información a los medios de comunicación o al público en general, para no generar especulaciones o desinformación. Es importante que esta reserva no se restrinja a terceros interesados, e.g., ONG, comunidades indígenas, poblaciones minoritarias, etc., que puedan resultar afectados directa o indirectamente por las decisiones que se tomen al interior de estas reuniones. Por un parte, estos terceros podrían presentar fórmulas para salvaguardar el internes público, y a la vez se podría precaver una potencial demanda por parte de estos grupos contra el Estado colombiano en caso de que sean vulnerados sus derechos en los términos en que se concluya la negociación"[669].

En consecuencia, siendo que toda condena al estado se pagará con los recursos del erario, por el mismo interés público que ello representa, se considera que la información debe hacerse pública y combatir la especulación y la desinformación a partir de elementos técnicos que permitan prever resultados razonables, y, a la población acceder a su fácil entendimiento mediante un lenguaje claro y preciso, sin

[668] Ibid. CASTRO. Op. Cit.
[669] Ibidem.

embargo, lo anterior implicaría una modificación del artículo 235 de la Ley 1450 de 2011, o el que haga sus veces, el cual se transcribe a continuación:

> **"Artículo 235. Defensa del Estado.** Con el objetivo de fortalecer la estrategia del Estado para prevenir y atender de manera oportuna, óptima y eficiente su defensa en controversias internacionales de inversión, deberán programarse dentro del Presupuesto General de la Nación los recursos correspondientes a los gastos, honorarios y demás erogaciones relacionadas con dichas controversias internacionales.
>
> Toda información que tenga como objeto el estudio de una controversia, el diseño y presentación de la defensa del Estado en una controversia internacional de inversión, tendrá carácter reservado o confidencial" [670].

Con esta antesala, la controversia que se estudia consiste en determinar si las decisiones del CIADI en materia de inversión internacional son o no, esencialmente, derecho. Por lo tanto, su estudio se aborda como una propuesta de interpretaciones de su rol y el carácter que le imprimen a sus documentos dado su origen en la voluntad de los estados como representantes de la voluntad popular encarnada en las instituciones logradas a través de la historia de la humanidad.

Así, al carecer de los controles propios de una jurisdicción en un estado moderno -garantista del debido proceso y la segunda instancia como mecanismo de regulación interna del sistema, su coherencia, su equilibrio y la justicia en sus decisiones- los tribunales de arbitramento en la expedición de sus laudos se supeditan a la liberalidad de los árbitros sin que se pueda predicar mayores exigencias o restricciones sobre los contenidos, emanados de estos, permitiendo decisiones que, en asuntos de similares condiciones, resultan diametralmente diferentes incrementando así la incoherencia del sistema, perturbando el orden público en múltiples elementos sustanciales y materiales. En ese sentido:

> "Adicionalmente, es necesario tener presente que los estándares se han aplicado consistentemente pro - inversionista y casi no se ha tomado en consideración la lógica que subyace a la actividad estatal, esto es, la satisfacción del interés público. Asimismo, el sistema completo no ofrece las condiciones mínimas de legitimad, coherencia, responsabilidad y

[670] COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA, 2011. LEY 1450 DE 2011 por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014. Gaceta del Congreso.

transparencia que requería un sistema que viene a reemplazar el derecho administrativo y constitucional interno"[671].

La asimetría entre los estados en vías de desarrollo y los estados desarrollados impide un trato justo y equitativo. En la práctica del arbitraje -en virtud de la protección de inversión internacional- el nivel o grado de injerencia de estos en la comunidad se muestra siempre como un factor desequilibrante de las relaciones, de modo que se pueda inferir que desde etapas negociales anteriores a la firma del tratado, existan presiones políticas de modo que se favorezca de forma excesiva al inversor, sin que las decisiones se tomen como producto de la voluntad democrática del estado o considerada la voluntad del estado viciada ni bajo un análisis real en términos de igualdad negocial dada la brecha de desarrollo. Por ello, los juicios realizados por el CIADI cuentan desde el comienzo con un desbalance que favorece al inversor. Así:

"Las objeciones a este tipo de posturas son múltiples, comenzando por el profundo déficit democrático del que adolece este "nuevo derecho". Así, las decisiones de tribunales arbitrales compuestos por árbitros que forman parte de un sistema privado y con marcadas inclinaciones pro inversionista no sólo limitarían la actividad estatal, sino que además estarían ellos mismos creando este nuevo derecho con independencia de toda comunidad política. Inmediatamente surge en este contexto la pregunta por la legitimidad de dichas decisiones y del sistema de protección de inversiones en general. Montt (2007) ha sugerido que la legitimidad de este nuevo derecho se lograría cumpliendo dos condiciones. La primera condición exige que el sistema de los acuerdos de inversión no pueda imponer estándares de conducta más exigentes que la protección otorgada por los países más desarrollados y la segunda requiere que los ordenamientos jurídicos internos extendieran la protección brindada por los acuerdos de inversión a los inversionistas nacionales"[672].

De este modo, los asuntos resueltos por los tribunales de arbitramento, que hacen parte de las normas que rigen el derecho de las inversiones internacionales, se presentan para la evaluación de la controversia como un conjunto de decisiones irregulares que se toman dependiendo de las condiciones propias de las partes involucradas y sus intereses, y no como un producto típico de un procedimiento justo que integre la normatividad existente y la articule de forma que garantice imparcialidad

[671] Ibid. NACIONES UNIDAS & CEPAL. Op. Cit.
[672] Ibidem

y un nivel razonable de certeza para los casos futuros de modo que se evite su anulación ante un eventual examen del comité[673].

Además, como condición para su validez, los acuerdos deben contemplar que no se impongan condiciones más exigentes que la que existe en el derecho interno de los países y que se extiendan, los beneficios de la protección a los nacionales. No obstante, al respecto se ha mantenido la siguiente reflexión:

> "Algunos autores consideran que la estructura y práctica del mecanismo de anulación del CIADI cambia o le da vuelta al enfoque tradicional del sistema de arbitraje del CIADI, como cuerpo para el arreglo de diferencias y en su lugar analizando el papel del mecanismo de anulación en una progresiva judicialización del sistema de arbitraje Estado-Inversionista. Recientes desarrollos del CIADI indican que, en el tiempo, los tribunales arbitrales del CIADI han experimentado una especie de judicialización, han adquirido características propias de tribunales internos o domésticos habilitándoles y permitiéndoles impactar al Estado y a los individuos en sus prospectivas o expectativas, más allá de resolver la diferencia o disputa en su conocimiento. Estos desarrollos hacen surgir la interrogante de si el mecanismo de anulación actual, el cual provee la cancelación de laudos en un estricto conjunto de supuestos, es capaz de acomodar o asimilar este cambio. Aunque quienes elaboraron la Convención CIADI no intentaron permitir un Comité Anulador, convinieron en que, después que un Tribunal emitiera un Laudo, podían revisar los méritos sustantivos del mismo. Los comités de anulación han basado previamente sus decisiones en una revisión más extensiva que aquella permitida bajo la Convención.
>
> El punto por determinar es si estos comités de anulación de laudos están realizando una apropiada función dentro del sistema de arbitraje CIADI, para evitar decisiones inconsistentes en el nivel de anulación de laudos, minando la credibilidad y legitimidad del sistema CIADI como un cuerpo u organismo judicializado, influyendo en las expectativas y comportamiento de los Estados y de los individuos"[674].

Entonces, la controversia de inconsistencia no solo se predica de los acuerdos y de los laudos, sino también de las decisiones que resuelven la solicitud de anulación. Una solución puede extraerse de la OMC, cuando señaló lo siguiente:

> "Los arbitrajes en materia de inversiones se resuelven en única instancia sin que exista una etapa de apelación. La falta de apelación tiene dos efectos. En primer lugar, en la medida que no hay un superior jerárquico único a quien se pueda recurrir en apelación, la jurisprudencia sentada en los laudos arbitrales es fragmentada.

[673] Como lo hace el precedente judicial con su función articuladora y garante de la coherencia del sistema y el Imperio de la Ley como expresión de una Nación Soberana.
[674] Ibid. QUESADA-RODRÍGUEZ. Op. Cit.

En el ámbito de las disputas comerciales entre Estados, la OMC ha intentado solucionar este problema con la creación del Órgano de Apelación. Pero es importante destacar que, ese órgano de apelación es un tribunal permanente constituido por funcionarios de la organización. De esta manera, la apelación puede también ayudar a crear una responsabilidad institucional por la jurisprudencia que el sistema genera. En el caso del arbitraje en materia de inversiones, tampoco existe esta responsabilidad institucional, de tal manera que nadie se hace cargo de los efectos que los laudos pueden tener en el corto y largo plazo en la comunidad política y jurídica de los Estados"[675].

En sentido similar, y complementario, Quesada-Rodríguez, advierte que:

"Se han venido utilizando por muchos tribunales arbitrales estándares de revisión más apropiados para arbitrajes comerciales, con respecto a muchos otros casos presentados en el moderno arbitraje inversor-estado que son, en lo esencial asuntos de derecho público. Estos asuntos de derecho público requieren un tribunal arbitral que determine las prerrogativas básicas del Estado, el grado de habilidad de ese Estado para regular en nombre del interés público, y la capacidad estatal para llevar a cabo decisiones políticas y socio-económicas básicas, iniciando con una adecuada interpretación de los Tratados de Inversión (Bilateral o Multilateral) desde los intereses públicos del Estado, y no solamente interpretarlos desde una perspectiva de los intereses privados del inversionista"[676].

Ahora, un tema que también requiere atención desde la perspectiva de la inconsistencia de los laudos arbitrales es el de la corrupción. Como se ha establecido desde el principio de este título, la gestión de los negocios internacionales requiere de la participación de diferentes agentes, pertenecientes orgánicamente a las partes contratantes. Con las consideraciones que la buena fe y la presunción de inocencia merecen, el panorama desequilibrado en las relaciones internacionales permite considerar su actuar indebido en una lógica sistémica viciosa.

Las implicaciones de un laudo arbitral permeado por la corrupción implican un problema que, al igual que los costos de pertenecer al sistema de inversión internacional, debe abordarse desde una perspectiva holística, pues, se ha sostenido antes, el proceso de su producción involucra la participación de agentes en diferentes momentos que deben considerarse desde la negociación de los acuerdos y no solo en la expedición y revisión del laudo.

[675] Ibid. NACIONES UNIDAS & CEPAL. Op. Cit.
[676] Ibid. QUESADA-RODRÍGUEZ. Op. Cit.

Al respecto, el sistema arbitral contiene disposiciones para contrarrestar que el fenómeno de la corrupción trascienda en forma de norma jurídica, sin embargo, resulta cuestionable su efectividad, en la medida en que, como se viene sosteniendo, el nivel de la injerencia de los países desarrollados es de tal magnitud que son capaces de someter a los estados receptores de la inversión a instancias de juzgamiento con efectos vinculantes, de modo que, a pesar de que la composición de los tribunales de arbitramento observa su origen nacional en los estados participantes, no puede predicarse como una garantía eficaz o eficiente.

Dicho lo anterior, el artículo 52 del convenio CIADI, reza:

"Artículo 52

(1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al secretario general fundado en una o más de las siguientes causas:

(a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;

(b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;

(c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;

(d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o

(e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho, pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo.

(3) Al recibo de la petición, el presidente procederá a la inmediata constitución de una Comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la Lista de Árbitros. Ninguno de los miembros de la Comisión podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo, ni ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal; no podrá tener la nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia ni la del Estado a que pertenezca el nacional que también sea parte en ella, ni haber sido designado para integrar la Lista de Árbitros por cualquiera de aquellos Estados ni haber actuado como conciliador en la misma diferencia. Esta Comisión tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1).

(4) Las disposiciones de los Artículos 41-45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, mutatis mutandis, al procedimiento que se tramite ante la Comisión.

(5) Si la Comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación. Si la parte pidiere la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la Comisión dé su decisión respecto a tal petición.

(6) Si el laudo fuere anulado, la diferencia será sometida, a petición de cualquiera de las partes, a la decisión de un nuevo Tribunal que deberá constituirse de conformidad con lo dispuesto en la Sección 2 de este Capítulo".[677]

Se tiene también la posibilidad de recusar a los árbitros. El artículo 57, establece lo siguiente:

"Artículo 57

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV".[678]

Aunado a lo anterior, el artículo 58 señala:

"Artículo 58

La decisión sobre la recusación de un conciliador o árbitro se adoptará por los demás miembros de la Comisión o Tribunal, según los casos, pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al presidente. Si la recusación fuere estimada, el conciliador o árbitro afectado deberá ser sustituido en la forma prescrita en la Sección 2 del Capítulo III y Sección 2 del Capítulo IV.[679]

Las disposiciones relacionadas conforman un sistema anticorrupción que se modera a partir de sus miembros, contiene la posibilidad de anulación del laudo arbitral por corrupción de uno de los miembros del tribunal y la oportunidad de variarlo si las partes lo consideran oportuno, sin embargo, dada la configuración del comité de anulación, resulta difícil considerar su efectividad, pues la misma no sale de la zona de injerencia de los estados desarrollados.

[677] Ibidem. CIADI. Op. Cit.
[678] Ibidem.
[679] Ibidem

Ahora, este sistema de autorregulación se refuerza con el artículo 21, que dispone:

> **"Artículo 21.**
>
> El Presidente, los miembros del Consejo Administrativo, las personas que actúen como conciliadores o árbitros o como miembros de una Comisión designados de conformidad con lo dispuesto en el apartado (3) del Artículo 52, y los funcionarios y empleados del Secretariado:
>
> (a) gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones, salvo que el Centro renuncie a dicha inmunidad;
>
> (b) cuando no sean nacionales del Estado donde ejerzan sus funciones, gozarán de las mismas inmunidades en materia de inmigración, de registro de extranjeros y de obligaciones, derivadas del servicio militar u otras prestaciones análogas, y asimismo gozarán de idénticas facilidades respecto a régimen de cambios e igual tratamiento respecto a facilidades de desplazamiento, que los Estados Contratantes concedan a los representantes, funcionarios y empleados de rango similar de otros Estados Contratantes"[680].

Así, la actividad de los árbitros no se encuentra sometida a regímenes de responsabilidad de ninguna índole, por lo cual se predica la liberalidad en sus decisiones, la alta probabilidad de injerencia de los países desarrollados, y, en consecuencia, la producción de laudos arbitrales que no se incorporan de forma coherente al sistema normativo, por lo tanto, inconsistentes.

Retomando las propuestas hechas por los autores en cuanto al uso del ordenamiento interno, coincidimos con Saco y Torres cuando sostienen:

> "Los procesos de toma de decisiones, incluso si tienen que ser transparentes según la ley, no cumplirán este requisito si existe corrupción y no es investigada y perseguida por los organismos oficiales. Los procedimientos que no tienen fechas límite especiales o que no siguen estos plazos no pueden considerarse transparentes, esto también se aplica a procesos que no tienen en cuenta la opinión de las partes interesadas afectadas por las decisiones. Las políticas transparentes y los procesos de toma de decisiones, es decir, el cambio de legislaciones o concesiones son respetuosos de las expectativas legítimas de los inversores ya que tienen qué esperar cuando invierten en un país y pueden anticipar cambios en la regulación y las políticas relacionadas con sus negocios. Lograr la transparencia también dependerá del pleno disfrute de los derechos humanos en el país de acogida, especialmente el derecho a la libertad de expresión y otros derechos políticos"[681].

---

[680] Ibidem.
[681] Ibid. SACO y TORRES. Op Cit.

Al respecto, se considera que la transparencia, y con eso la medida de las expectativas, ha de lograrse cuando se pueda establecer un marco protector de DDHH en el estado receptor, particularmente la libertad de expresión, acceso a la información pública y a la participación ciudadana.

La última parte merece una consideración particular, como elemento integrador de la IED al proceso de desarrollo, el estado receptor -específicamente, cuando busque realizar modificaciones normativas que afecten la inversión extranjera, particularmente en las que se impongan obligaciones adicionales a la industria en la que se desempeña el inversor o industrias cruciales para el desarrollo de sus negocios- debe contar con la participación de los inversores a través de mecanismos que les permita establecer con las comunidades relaciones desde un enfoque de ganancia para todos, se piensa que se puede lograr a partir de la construcción de disposiciones normativas especiales en donde todos los actores reciban los beneficios profesados de la IED; materializadas en el desarrollo para las comunidades y utilidades para el inversor, al tiempo que se genera un ambiente de confianza que permita prescindir del arbitraje.

Un aspecto que vale tener en cuenta hallado en Castro Peña es la ausencia de normas sobre la ejecutoriedad de un laudo para Colombia, situación para la que la misma autora ofrece solución de la siguiente manera:

> "Esta reglamentación nada dice respecto de la ejecutoriedad de un laudo arbitral cuando sea desfavorable al Estado colombiano. No obstante, la Convención de Washington en su artículo 54 establece que los laudos se ejecutarán bajo las normas relativas a la ejecución de sentencias de cada país. Si el arbitraje está regulado por las disposiciones del CNUDMI, el laudo será reconocido y ejecutado de conformidad con la Convención de Nueva york, en el que Colombia también es parte"[682].

Con el ánimo de resolver los factores que dan origen a un laudo arbitral inconsistente, la búsqueda del equilibrio en las relaciones internacionales de inversión se convierte en un imperativo que conmina la agitada complejidad del desarrollo. En ese sentido, Mamani concluye:

> "En este intento de generar mayor equilibrio y tratar de extraer los máximos beneficios de la IED una herramienta que podría ser de gran ayuda es la propuesta de modelo sobre Acuerdo Internacional sobre In- versión Extranjera del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. En cuanto al mecanismo de solución de controversias, se sugiere impulsar en el contenido de los acuerdos de inversión, el fortalecimiento de los mecanismos

[682] Ibid. CASTRO. Op. Cit.

preventivos, mediante el agotamiento previo de otros mecanismos de solución de controversias tales como la conciliación y mediación, las apelaciones de segunda instancia"[683].

Sin embargo, al pie hace la siguiente anotación:

"No obstante, como advierte Yannaca la implementación de un sistema de apelación presenta ventajas y desventajas. En cuanto a ventajas se tiene que se puede evitar inconsistencias, rectificar errores de derecho y posibles serios errores de hecho, contar con un tribunal neutral y efectiva aplicación. Respecto a las desventajas, se tienen las limitaciones al principio de finalidad, costos adicionales, demoras adicionales, politización del sistema, etcétera (Yannaca-Small, Katia, "Improving the system of investor-state dispute settlement: An overview", Working papers on International Investment, París, OECD, núm. 2006/1, febrero de 2006)"[684].

Por lo descrito anteriormente, resulta de gran interés el reemplazo del actual sistema de controversias inversionista- estado, por una Corte Permanente de Inversión, como lo prevén Canadá y la Unión Europea.[685]

Retomando los estudios de constitucionalidad de la Corte en Colombia, por Pontón y Prieto, debido al "…*cambio drástico en relación con el análisis que la Corte venía realizando hasta entonces.*"[686], valga considerar que la consistencia de los laudos, de continuar bajo el sistema actual, será evaluada, al menos en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, bajo criterios de razonabilidad en los que deberá tenerse en cuenta si las prerrogativas dadas a los inversores extranjeros se justifican o no, más allá de la compatibilidad global que se justifica en los beneficios de las instituciones en abstracto, generando un impacto sistémico de trascendental importancia. Así, se extrae lo dicho por los citados autores en el siguiente aparte:

"El cambio de posición relativo al estándar de control de AII por parte de la Corte Constitucional no constituyó entonces una estocada para el derecho internacional de la inversión extranjera en Colombia como sí lo fue para los Estados miembros de la Unión Europea, por ejemplo, el fallo Achmea proferido por el Tribunal de Justicia, que eventualmente llevó a la terminación de todos los TBI intraeuropeos. Esto es significativo si se considera que la manera en la que las cortes domésticas, y en particular las cortes constitucionales, se aproximan al derecho internacional de la inversión extranjera suscita

[683] Ibid, MAMANI, Op. Cit.
[684] Ibídem.
[685] Ibid. PONTÓN y PRIETO. Op. Cit.
[686] Ibídem

particular atención en las discusiones más actuales sobre la materia (ver, por ejemplo, Titi, 2020). Como lo explica Prieto (2019), la decisión de la Corte de optar por declarar la constitucionalidad de AII condicionada a la adopción conjunta entre los Estados contratantes de declaraciones interpretativas podría ser tenida en cuenta por otras cortes de América Latina enfrentadas a tensiones y cláusulas de AII similares"[687].

En ese sentido, se está de acuerdo con ellos en que:

"Más allá de la discusión sobre si el derecho internacional de la inversión extranjera es de naturaleza exclusivamente pública o de naturaleza híbrida, es de celebrar que la Corte Constitucional haya abandonado la postura según la cual este es de naturaleza exclusivamente privada, pues gracias a ello han surgido varios de los cuestionamientos al arbitraje de inversión relativos a la falta de transparencia e inconsistencia entre decisiones, que hasta ahora se están tratando de remediar".[688]

Y, en que, estas decisiones representan el hito de una tendencia que dará lugar al "*... al favorecimiento del diálogo en detrimento del solo acatamiento adoptado la Corte Constitucional constituye una valiosa oportunidad para que el derecho internacional de la inversión extranjera en Colombia cuente con mejores herramientas para balancear intereses públicos y privados.*"[689].

En suma, se observa que, si existe una inconsistencia con respecto a los laudos arbitrales en materia de inversiones, considerando que se ha establecido un exceso de garantías en favor del inversor, teniendo como prelación los asuntos económicos, con respecto a los fundamentos superiores, el derecho interno y el orden público, aunado a las grandes prerrogativas en favor de los estados desarrollados quienes gozan de una posición dominante en lo referente a la injerencia internacional.

Ahora bien, en este punto cabe resaltar que la injerencia y posición dominante por parte de los estados desarrollados, no solo se da a nivel jurisdiccional, sino que dicha posición, se encuentra evidenciada desde la etapa previa a la suscripción del tratado, así como del clausulado mismo de la convención, siendo necesario, desarrollar los aspectos cuestionables y las tensiones que se presentan entre los estados desarrollados y aquellos en vía de desarrollo.

[687] Ibídem.
[688] Ibídem.
[689] Ibídem.

3. Desequilibrio de los acuerdos internacionales de inversión entre los estados receptores de inversión y los estados de donde proviene la inversión

En este título procederemos a determinar las tensiones que se han presentado entre los estados de donde proviene la inversión y estados receptores de inversión, en lo referente a los a acuerdos internacionales de inversión, pretendiendo señalar que de cierta forma los estados receptores de inversión, no han gozado de plena autonomía al momento de suscribir los AII, y que los mismos por su posición de inferioridad, han tenido que someterse a las intenciones de los estados desarrollados, así como a los intereses de estos y del inversor.

En este punto, cabe resaltar dos posturas encontradas con respecto de la importancia de la inversión extranjera directa en países en desarrollo, por un lado encontramos la tesis que ha implicado que la inversión extranjera es un medio por el cual los países en desarrollo alcanzan competitividad con respecto de los países desarrollados, y permite un aumento del flujo de capital, así como la acumulación de este, es decir, desde una perspectiva positiva que implica un beneficio al país en desarrollo.

De otra parte, y considerando las múltiples experiencias en materia de inversión extranjera directa, han surgido críticas a esta concepción, en tanto, se ha planteado que las condiciones en las cuales se han negociado y suscrito los acuerdos no han beneficiado a los países receptores de la inversión dada la desigualdad, siendo los acuerdos internacionales de inversión el medio por el cual se han impuesto prerrogativas en favor de los inversionistas, con la protección de la inversiones y como del flujo de capital.

Conforme al primer postulado, se ha pensado que el desarrollo económico de los países emergentes y en desarrollo depende de realizar políticas que permitan el ingreso y la acumulación de capital e inversiones rentables. Siendo presentado como un elemento fundamental para el desarrollo económico la inversión extranjera, en tanto, es un medio por el cual los países en desarrollo obtienen creación de empleos, transferencia de nuevas tecnologías y capacitación hacia su territorio, desde una perspectiva política, el mejoramiento de relaciones con el país de origen de la inversión

y los mercados internacionales, el fortalecimiento de la industria nacional y mayor ingreso de capital por concepto de impuestos recaudados a los inversionistas[690].

Como efectos de la entrada de inversión extranjera directa por medio de los AII, se ha distinguido en efectos marco (ingresos por impuestos y divisas, empleo, mayor integración comercial internacional) y efectos indirectos (en particular, externalidades positivas para el conocimiento, la tecnología y los conocimientos técnico - prácticos).

Adicionalmente, se le han atribuido otros beneficios como los son en el área medioambiental y sociales en el país donde se ha dirigido la inversión, entre las que se destacan la transferencia de tecnologías limpias, promoción de políticas de responsabilidad social corporativa, desarrollo en materia de derechos humanos y la vinculación entre estados. Al respecto, se ha manifestado que esto dependerá de si la normativa y las prácticas empresariales del país de origen son más estrictas que las del país de destino[691].

Dentro de esta visión positiva, la preocupación que surge a partir de las capacidades del objeto de la inversión, sino que, por el contrario, la preocupación se da a partir de la inversión, que puede generar desgaste de la base imponible a raíz de las adquisiciones que llevan a cabo las empresas extranjeras, considerando que dicha adquisición puede tributar dejando los ingresos en el Estado receptor de inversión[692].

Finalmente, con respecto a los beneficios al inversor o inversión, se ha comprobado que mejoran el desempeño en cuanto productividad, tecnología, rentabilidad, salarios, competencias y crecimiento en relación con las empresas del mercado. Dentro de lo beneficios indirectos se destacan los presentados en los ingresos fiscales y las oportunidades laborales entre otros. Y en cuanto a los efectos directos se han mencionado la repercusión en el volumen del capital nacional del estado inversor[693].

En este sentido, se evidencia una postura eminentemente optimista con respecto a la inversión extranjera directa realizada con la garantía de los AII, puesto que, se detalla las ventajas en pro de un estado receptor y los riesgos que concierne al inversionista en razón a la inversión realizada, siendo esta perspectiva, un sistema

[690] Cfr. GARCÌA Matamoros, L. V., 2019. "La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión", Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi), Bogotá. p.p. 85-120. Doi: dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569

[691] Cfr. POHL Joachim, 2018. "Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles", OECD Working Papers on International Investment, Paris, p.p. 18 -20. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1787/18151957

[692] Cfr. Ibid.

[693] Cfr. Ibid.

garante del inversor y no del estado receptor. En este marco, esta visión resulta parcializada en pro de la inversión y del inversionista, desestimando la realidad del estado receptor de la inversión, razón por la cual, han surgido cuestionamientos referentes a esta postura optimista, en la cual se considera las condiciones del estado receptor y las afectaciones de este en razón a la inversión.

Los cuestionamientos surgen en temas más específicos, como la transformación productiva de los países en desarrollo y no con el factor cuantitativo, sino cualitativo, es decir, la calidad productiva de estos países o la calidad de la inversión realizada, teniendo como experiencia lo sucedido en países agrupados como la CAN o con países de la Unión Europea.[694]

En este sentido se ha puntualizado que los países en desarrollo presentan tipologías singulares en sus estructuras económicas, como son la presencia de subempleo e informalidad, concentración y mal funcionamiento de los mercados, inequidad en la distribución de la renta, una clara subordinación económica mundial y frágiles marcos institucionales, siendo estos contextos los medidores idóneos para poner a prueba los beneficios de las inversiones extranjeras directas materializadas por medio de los acuerdos internacionales de inversión[695].

Es por esta razón, que surge una preocupación con respecto a las inversiones extranjeras, en tanto, se cuestiona los beneficios en el emprendimiento nacional, sobre la disponibilidad de trabajadores cualificados y el acceso a los créditos, la competencia y el impacto ambiental, en especial con las industrias extractivas y pesadas, así como las posibles perturbaciones en materia social por la rápida comercialización[696].

Es así, como se empiezan establecer cuestionamientos a las inversiones extranjeras directas y resguardadas bajo los acuerdos internacionales de inversión, razón por la cual, se han ido involucrado dichas dudas al momento de suscribir los AII, así como en las políticas empeladas tanto por estados receptores de la inversión, como de los estados de donde proviene la inversión.

Es por esta razón que, a continuación, se procede a realizar un análisis de las finalidades de la suscripción de los AII y sus efectos prácticos, para lo cual es necesario

[694] Cfr. GARCÍA, Santiago. 2011 "¿Por qué los acuerdos internacionales de inversiones limitan los procesos de transformación productiva en países en desarrollo? Algunas respuestas desde la experiencia de los países andinos con la Unión Europea" Papeles de Europa, no. 22. p.p. 170+. Disponible en: http://dx.doi.org/10.5209/rev_PADE.2011.v22.7.
[695] Cfr. Ibid
[696] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.

destacar los efectos de los AII con respecto a las políticas públicas del Estado receptor de la inversión, desde un enfoque nacional e internacional.

Una de las principales características legales de la regulación de la inversión internacional a través de AII, es que la misma implica la solución de controversias entre inversores y estado receptor de la inversión a través de un tercero, llevando consigo la despolitización de las controversias, siendo este el mecanismo mayormente aceptado en los AII. En este sentido, despolitizar las controversias relacionadas con las inversiones es uno de los principales objetivos de este tipo de acuerdos, como alternativa de la posición de los estados a favor de sus nacionales en caso de demanda. No obstante, dicha despolitización sigue conteniendo una ambigüedad, puesto que si bien es cierto es un fin en sí mismo, esta busca alguno de los siguientes objetivos: i) las relaciones intergubernamentales, ii) las relaciones entre las empresas y sus propios estados, y, iii) la competencia entre empresas[697].

No obstante, dicha despolitización, no ha sido estudiada en términos de beneficios y perjuicios, razón por la cual, no ha gozado de un análisis en cuanto a beneficios respecto de los estados suscriptores del acuerdo, siendo menester determinar si la misma resulta procedente y como esta afecta a dichos estados. Dentro de los propósitos de la despolitización encontramos la despolitización con respecto a las relaciones entre empresas y sus propios estados, como medio para proteger las relaciones intergubernamentales y promover unas reglas de juego uniformes para empresas en situaciones diferentes.

Con respecto al primer propósito, se tiene que esta busca la despolitización, con el fin de evitar que los inversores intervengan en situaciones de conflicto en nombre del inversionista, dicha consideración estuvo presente durante las negociaciones del convenio del CIADI, en los trabajos preparatorios del convenio se sostuvo "(…) el Convenio […] ofrecería un medio para resolver directamente, en el plano legal, disputas entre un Estado y un inversionista extranjero, y aislaría dichas disputas de las esferas de la política y la diplomacia"[698].

En este sentido, la despolitización independiza recursos públicos, en tanto, el estado del inversor que considere vulnerado sus intereses no tendrá que destinar

[697] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.
[698] Cfr. Ibid.

recursos para inmiscuirse en el conflicto, sino que el mismo inversor sería el encargado de acceder al sistema de jurisdicción[699].

Ahora bien, en igual sentido la despolitización implica la protección de las relaciones intergubernamentales, teniendo en cuenta que las soluciones de las controversias se realizan de forma directa entre el estado receptor de la inversión y el inversionista, esto es, sin la intervención del estado de origen del inversor, teniendo como consecuencia una política nula o reducida, reduciendo de esta forma cualquier tipo de conflicto entre los estados suscriptores del AII. Desde una perspectiva radical, este medio implica la prevención de las intervenciones militares en otro país por parte del estado[700].

Otro de los propósitos de la despolitización es la uniformidad de las reglas competitivas para empresas en situaciones diferentes, ello implica que las pequeñas empresas o pymes, en cuestión de teoría, puedan iniciar una acción en nombre propio sin necesidad de convencer a su estado para que intervenga en su nombre, lo que implicaría un alto costo gubernamental[701].

En este sentido, se evidencia que el objeto de la suscripción de los AII está encaminado a un pérdida de poder de los estados intervinientes con respecto al nivel judicial, siendo el mecanismo por el cual se busca proteger las relaciones internacionales así como la protección de la inversión, no obstante, dichos propósitos no están encaminados en ningún momento a la protección del estado receptor de la inversión, quedando claro que la despolitización a nivel jurisdiccional , implica la cesión de dicha facultad a un tercero.

Si bien es cierto, en teoría dicha circunstancia implica un posible beneficio en cuestión de inversiones, se ha tratado muy poco sobre la pérdida de las facultades del estado receptor de la inversión, que es quien cede su autoridad frente a un tercero, no siempre implicando una ventaja, sino por el contrario, resultando en una desventaja, con respecto a su poder a nivel jurisdiccional, por cuanto renuncia a cualquier situación beneficiosa, teniendo que asumir costos administrativos de cualquier demanda interpuesta ante un tercero, como lo es el CIADI. En este sentido, varios indicios de la realidad muestran una situación no tan beneficiosa con respecto a la despolitización.

[699] Cfr. Ibid.
[700] Cfr. Ibid.
[701] Cfr. Ibid.

Al respecto, se ha mantenido que las inversiones realizadas por los inversionistas siguen siendo un asunto político para sus gobiernos, que inicia antes de la inversión con la suscripción del AII y sus negociaciones previas, y continua incluso después del laudo proferido por el tribunal internacional, en tanto, delegaciones empresariales son acompañadas por líderes políticos que durante las visitas de estado facilitan la toma de decisiones en la inversión.

De otra parte, las entidades financieras de propiedad o control estatal otorgan financiación a la inversión en el extranjero; el seguro con garantía estatal puede ser utilizado para afrontar cualquier riesgo comercial, y más aún, los países que han presentado ciertas conductas, pueden ser objeto de sanciones en materia comercial, asistencial o de financiación[702].

En este sentido se observa que el inversionista no se encuentra solo frente a controversias que se llegaren a presentar con el estado inversor, sino por el contrario, el estado en desarrollo resguarda los intereses del inversionista, confrontándose con el estado receptor de la inversión. El inversionista goza de un arsenal de posibilidades desde una perspectiva económica, con la financiación de su estado; desde un aspecto judicial, por las múltiples asesorías de los estados con su maquinaria política, así como su maquinaria a nivel internacional, sin olvidar su poderío militar en un evento de mayor trascendencia.

Es por esta razón que, resulta cuestionable la igualdad de condiciones entre estados receptores de inversión con respecto de los estados de donde proviene la inversión que en su mayoría corresponden a estados desarrollados, en tanto, dadas las condiciones y características los estados destinatarios de la inversión no cuentan con la capacidad económica, política y militar de afrontar conflictos con inversionistas y con sus estados de origen, siendo evidente una subordinación frente a estos, teniendo como resultado una ambigüedad los beneficios buscados inicialmente con la suscripción de AII.

Adicionalmente, no es del todo cierto que los estados no actúen como inversionistas, puesto que es común la participación de algunos de ellos en ciertas empresas, como por ejemplo, en el sector de recursos naturales o en compañías de servicios públicos, que son ámbitos propensos a controversias, y tienen un estado como inversor en particular, a través de empresas públicas y fondos de inversión soberanos,

[702] Cfr. Ibid.

un número considerable de acuerdos incluye expresamente la definición de inversor a los inversores con control estatal y como inversores en sí mismo[703].

Al respecto, en la investigación The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey «El paisaje de las políticas de inversión internacional en manos de inversores con control estatal: encuesta de investigación» se estableció que, en torno al 16% de los más de 1800 AII analizados en un estudio de amplia base incluían expresamente a los inversores con control estatal, y un 6% incluían a los estados, en la definición de «inversor»; solo 3 tratados de toda la muestra excluían expresamente a tales inversores del alcance de su cobertura[704].

En consideración a lo precedente, se evidencia que los estados de origen de la inversión, si gozan de una intervención activa, resultando cuestionable la afirmación que no existe una intercesión por parte de estos, lo que implica una desigualdad evidente con respecto al estado receptor de la inversión.

De otra parte, los programas de seguro contra el riesgo político forman parte de los métodos de los países receptores de inversión para proteger la inversión extranjera, son direccionados tanto por el inversor y el estado. La aseguradora cubrirá el riesgo una vez surtido el siniestro, y la aseguradora con protección del estado de origen de la inversión recupera la inversión, por medio de una cláusula de subrogación contenida en el AII, conforme a esta cláusula, el inversor es remplazado por una entidad vinculada al estado de origen o por el estado mismo.

Cabe destacar, que no se conoce ningún evento en que el estado receptor de inversión haya sido conducido a una subrogación y posterior reclamación por parte del estado de origen de la inversión[705].Un ejemplo de la cláusula de subrogación la encontramos la encontramos en el Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones en el artículo 8, el cual señala:

> "Si una Parte Contratante o la agencia por ella designada realizara un pago en virtud de un contrato de seguro o garantía otorgado contra riesgos no comerciales en relación con una inversión de cualquiera de sus inversionistas en el territorio de la otra Parte Contratante, esta Última Parte Contratante reconocerá la subrogación de cualquier derecho o título de dicho

[703] Cfr. Ibid.
[704] SHIMA Yuri. (2015), "The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey", OECD Working Papers on International Investment, No. 2015/01, p.p 12 -13. OECD Publishing, Paris, http://dx.doi.org/10.1787/5js7svp0jkns-en
[705] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.

inversionista en favor de la primera Parte Contratante o de su agencia designada y el derecho de la primera Parte subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o la agencia por ella designada sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por indemnización o compensación a los que pudiese ser acreedor el inversionista inicial. Contratante o de su agencia designada a ejercer, en virtud de la subrogación, cualquier derecho o título en la misma medida que su anterior titular. Esta subrogación hará posible que la primera Parte Contratante o la agencia por ella designada sean beneficiarias directas de todo tipo de pagos por indemnización o compensación a los que pudiese ser acreedor el inversionista inicial"[706].

De este artículo se puede sustraer que no es cierto que el estado de origen del inversionista se desentiende en totalidad, sino que por el contrario, goza una facultad para participar activamente en los medios de reclamo en una eventual controversia generada en marco del AII, resaltando que los estados de donde proviene el inversionista, están en mejores condiciones políticas, económicas y armamentistas (en el peor de los casos), de afrontar dichas controversias con respecto del estado receptor de la inversión, resultando en una desigualdad notoria a niveles prácticos.

Adicionalmente, se tiene que los inversionistas antes de iniciar un procedimiento judicial tienen la protección de la intervención de ministros, comités económicos y misiones diplomáticas, para una búsqueda de la solución del conflicto de forma previa.[707]

Uno de los casos en los que se ha evidenciado la intervención del estado de origen de la inversión interviniendo en pro de su inversor es en el asunto Repsol/ YPF, en donde España, adelantó reclamaciones en contra del estado receptor, en virtud del acuerdo del CIADI. En esta controversia el inversionista demandó al estado de Argentina en el año 2012, solicitando la compensación por la expropiación de acciones sin su debida indemnización.

En este asunto, los gobiernos de España, México y Argentina alcanzaron un preacuerdo político de compensación por un valor de tres mil setecientos millones de euros (€3.700.000) en títulos de deuda argentina, por el acuerdo prejudicial, el estado argentino entregó a Repsol los bonos, lo cual implicó que los españoles solicitaran al

[706] Colombia – España, (2005), Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Artículo 8. Bogotá D.C. p.p.5. Disponible en: https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/espana/texto-final-del-acuerdo/texto-final-del-acuerdoespana.pdf.aspx

[707] Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.

CIADI la terminación del arbitraje, petición que fue aceptada y ratificada por el CIADI[708].

Al respecto de dicho caso se puede traer a colación lo manifestado en su momento por el ministro español de asuntos exteriores y cooperación, D. Jose Manuel García – Margallo y Marfil:

> "—Anunció medidas contundentes contra Argentina tras la expropiación de YPF.
>
> —Entre las medidas que se podían tomar sin interferir en la población, impulsamos la prohibición de importación de biodiésel y una ofensiva diplomática en todo el mundo. En la UE se ha actuado en la Comisión, en el Parlamento y en el Consejo. La UE ha activado las reclamaciones que tenía contra Argentina en la OMC y se está estudiando la retirada del sistema de preferencias generalizadas. La reacción de EE UU ha sido contundente y estudian la posibilidad de su expulsión del G-20, además de que se le han retirado las exenciones arancelarias. Hemos tenido declaraciones de apoyo de prácticamente todos los países del mundo"[709].

De lo anterior, se evidencia la desigualdad entre Estados receptores de inversión y Estados de origen de la inversión, puesto que, pese a que una de las intenciones de los AII es la protección de las relaciones gubernamentales, y la posibilidad de que el inversionista acuda por su cuenta al tribunal de arbitramento, los estados tienen la posibilidad de hacer efectiva su maquinaria política, económica y social, para afectar dichos acuerdos, de tal forma que altera cualquier procedimiento jurisdiccional. Se evidencia en las declaraciones del ministro de asuntos exteriores y cooperación, que dichas actuaciones superaron el actuar del CIADI, razón por la cual, el estado receptor, en este caso la Argentina, gozaba de una inferioridad con respecto del estado español, siendo hasta contemplada la expulsión del país receptor del G-20.

Pese a lo contemplado en el artículo 27 del convenio CIADI, que establece una prohibición clara a los estados de no involucrarse, estos lo hacen cuando ellos lo deciden, es más, aun cuando el inversor ya ha accionado este sistema jurisdiccional.

---

[708] Economía y Política, El CIADI cerró el proceso entre Repsol y la Argentina por YPF. 2014. Recuperado de: https://www.cronista.com/economia-politica/El-Ciadi-cerro-el-proceso-entre-Repsol-y-la-Argentina-por-YPF-20140603-0057.html..

[709] Ministerio de asuntos exteriores unión europea y cooperación de España, 2012. Discursos y declaraciones del ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, D. José Manuel García-Margallo y Marfil. Madrid, p.p. 54. Disponible en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/Documents/2012_discursosMAEC.pdf.

Adicionalmente el 21% de todos los AII, prohíben otorgar protección diplomática cuando las partes hayan consentido someter su conflicto al arbitraje[710].

En este punto cabe resaltar que, el artículo 27 del convenio CIADI resulta restrictivo aparentemente, no obstante, en el segundo inciso se establece que "a los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia"[711].

Siendo esta una norma de carácter ambigua, que se puede someter a múltiples interpretaciones, que no impiden de forma absoluta la intervención de los países desarrollados.

Igualmente, también se ha evidenciado la intervención de los estados de origen de la inversionista en cuanto no se ha acatado un laudo arbitral por parte de un estado receptor de inversión, no obstante, no han sido muy comúnmente conocidas dichas intervenciones. Se conocen 85 casos en los que un estado fue obligado a pagar una compensación[712].

Finalmente, se ha evidenciado que los tribunales son sensibles a los señalamientos políticos procedentes de los estados, teniendo relevancia los estados más activos influyentes o desarrollados, de tal forma que es cuestionable la despolitización de dichos tribunales[713].

En este punto es de detallar, que si bien en un principio la suscripción de AII fue entendida como un mecanismo de desarrollo económico que favorecía a los estados receptores de inversión, a raíz de la práctica se han generado numerosos cuestionamientos con respecto a la igualdad de los estados de origen de la inversión y de los estados receptores de inversión al momento de suscribir los acuerdos, en su ejecución, así como en posibles controversias. En la praxis se evidencia que la posición domínate de ciertos estados no se ve afectada, por el contrario, se entrevé una gran

---

[710] Cfr. POHL, J., K. Mashigo and A. Nohen (2012), "Dispute Settlement Provisions in International Investment Agreements: A Large Sample Survey", OECD Working Papers on International Investment OECD Publishing, No. 2012/02, p.p. 33. , Paris, disponible en: ttps://doi.org/10.1787/5k8xb71nf628-en.
[711] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU. Artículo 27. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf
[712] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.
[713] Cfr. Ibid.

protección de los inversionistas que han implicado desventajas para los estados receptores de inversión.

4. El arbitraje de inversión vs las políticas públicas del estado receptor de la inversión.

En este título se pretende evidenciar como los acuerdos internacionales de inversión afectan a las políticas públicas del estado receptor de la inversión, considerando el dinamismo que surge a partir de las tenciones presentadas entre el AII y la legislación interna, así como las políticas públicas, puesto que dicho dinamismo es necesario para el cumplimiento de las obligaciones pactadas, así como el propósito en sí, del tratado de inversión, estableciendo de una forma empírica, si dicha sujeción de las políticas internas son beneficiosas o implican un carga no tan conveniente para los estados en desarrollo.

Para determinar lo pretendido, es necesario establecer los efectos de los AII en la en la gobernanza, la legislación, la regulación y el cumplimiento normativo en el estado receptor de la inversión.

Como principales efectos a considerar, se encuentran tres tipologías a distinguir: i) la primera, implica que las partes suscribientes del AII adaptan su marco regulatorio a las obligaciones internacionales, siendo usualmente, ajustadas de forma previa a la entrada en vigor; ii) la segunda, en la cual las modificaciones se presentan de manera posterior a la suscripción del AII, y ya en la etapa de ejecución, en donde se han evidenciado litigios, así como infracciones al acuerdo, y el estado busca minimizar los riesgos litigiosos y costos por la infracción; y, iii) la última, referente a la modificación de la regulación nacional tendiente a resolver conflictos específicos con inversores extranjeros en particular.

Considerando que los AII suscritos pueden contener obligaciones en específico que exijan al estado ajustar directamente la regulación nacional sobre un tema puntual, por ser necesarias para la aplicación, estas obligaciones pueden ser de medios o de resultados, las primeras hacen referencia a la modificación de leyes prácticas de nivel nacional para la ejecución del tratado, en contraposición con las obligaciones de resultados, que implican una modificación a los mecanismos de gobernanza para el cumplimiento de las obligaciones sustanciales del acuerdo[714].

[714] Cfr. Ibid., Op. Cit.

Un ejemplo de obligaciones de medio, la observamos en las referentes a protección medioambiental, el mercado laboral, derechos humanos, leyes anticorrupción, propiedad intelectual o en materias puntuales, que, en sí, no denotan una afectación la gobernanza de los estados receptores de inversión, sino que, por el contrario, son ajustes pragmáticos para el cumplimiento y consecución de las obligaciones del acuerdo.[715].

Un ejemplo, lo podemos encontrar en el Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Canadá, que en su artículo 816 establece:

> "Cada Parte alentará a las empresas que operen en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción a que incorporen voluntariamente estándares internacionalmente reconocidos de responsabilidad social corporativa dentro de sus políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean respaldadas por las Partes. Estos principios abordan asuntos tales como los derechos laborales, el medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones con la comunidad y la lucha contra la corrupción. Las Partes le recuerdan a dichas empresas la importancia de incorporar tales estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas" [716].

En este artículo se evidencia que lo obligación adquirida no implica una pérdida de la gobernanza del estado suscriptor, sino que busca un proceso de transparencia en la ejecución del acuerdo, siendo una obligación de medios al no establecer una prerrogativa de reformulación de la organización del estado, solo implica prevención para una buena ejecución del AII.

Cabe aclarar, que este tipo de efectos no solo implican una afectación a las relaciones bilaterales o multilaterales reguladas por el tratado, sino que se da una afectación genérica, como puede ser la norma precitada, que incide a todo el universo de inversores o a terceros a nivel práctico, es decir, a la sociedad en conjunto, no solo a nivel interno.

De otra parte, los cambios legislativos amplios, a partir de obligaciones de resultado, implican una modificación de las normas sustanciales incluidas en los AII, que pueden imponer modificaciones a la gobernanza para la búsqueda del cumplimiento del acuerdo. Estas obligaciones han gozado de relevancia, en tanto, a nivel jurisdiccional han sido invocadas, tales como las obligaciones de trato justo y

[715] Cfr. Ibid.
[716] Colombia – Canadá. (2008). Acuerdo de libre Comercio entre la Republica de Colombia y Canadá. Artículo 816. Lima. Disponible en: https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/canada/texto-final-del-acuerdo/texto-final-del-acuerdo-canada.pdf.aspx

equitativo, resultando en alteraciones específicas entre los particulares y el estado[717]. Al respecto cabe recordar lo mencionado en el primer capítulo del documento, entendiendo el "trato justo y equitativo" como estándares fundamentales de buena fe, debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad[718]. En suma, y recordando a SORTO[719], es un estándar de comportamiento que exige al país receptor de la inversión, determinado comportamiento y dirigido a las inversiones de los inversores foráneos.

En este punto, resulta pertinente aclarar que dicho término resulta ambiguo, y queda en manos del sistema de jurisdicción determinar si un estado ha actuado conforme a los criterios de trato justo y equitativo en evento de conflicto, no obstante, no existe una noción absoluta sobre este término, siendo lo más próximo la noción aristotélica de justicia y equidad.

Como beneficios de las obligaciones de resultado, se traduce en una mejor gobernanza o un refuerzo del marco institucional, favoreciendo de cierta forma a los inversores extranjeros, sino a los nacionales y la población en conjunto, puesto que se busca una mejora en las prácticas legislativas y administrativas. Se compara estos efectos con los ajustes que realizan los Estados receptores de la inversión, con posterioridad a la ejecución del AII y en respuestas a experiencias en reclamaciones jurisdiccionales[720].

No obstante, se ha manifestado de forma empírica que los AII debilitan los incentivos y los mecanismos de reforma legal e institucional en los estados receptores de la inversión, uno de los cuestionamientos se da cuando los inversores extranjeros obtienen accesos a un régimen especial jurisdiccional, foráneo a la legislación interior, teniendo como resultado que los incentivos de los gobiernos tendientes a mejorar la gobernanza en sus propios países merma. Otro cuestionamiento surge a partir de los inversores, que una vez adquieren un régimen jurisdiccional especial, pierden el interés en reivindicar mejoras de gobernanza[721].

---

[717] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.
[718] Cfr. CIADI, 2004. MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Award, case n° ARB/01/7 May 25, 2004, par. 109. Washington. Disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-mtd-equity-sdn-bhd-and-mtd-chile-s-a-v-chile-award-tuesday-25th-may-2004
[719] SORTO, Rudy, 2013. Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales, San José, Costa Rica. p.p. 57 Disponible en: http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1809/1/35214.pdf
[720] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.
[721]Cfr. Ibid.

Pese a lo relacionado anteriormente, existen cuestionamientos a este tipo de obligaciones, en tanto, este tipo de compromisos afectan la gobernabilidad de los estados receptores, pues no siempre existe la posibilidad de dar cumplimiento a lo pactado en el acuerdo, generando un conflicto en la gobernabilidad del estado receptor de la inversión.

Al respecto, se trae a colación el conflicto Eco Oro Minerals Corp. vs. la República de Colombia, Caso del CIADI No. ARB/16/41, en este asunto el estado receptor había entregado en concesión a la empresa canadiense 8 títulos mineros que cubrían un total de 30 mil hectáreas, ubicadas en el páramo de Santurbán (Santander, a 69 kilómetros de Bucaramanga) para la ejecución del proyecto de Angostura, en donde desde un inicio la concesión fue cuestionada por su impacto a nivel socioambiental y la falta de debida diligencia de Eco oro Minerals respecto de su previsión y mitigación. La empresa canadiense, en el año 2009 solicitó una licencia ambiental para dar inicio al proyecto, no obstante, la misma fue negada por tratarse de un proyecto de explotación a cielo abierto. Sin embargo, la empresa solicito en el año 2011 nueva solicitud, cambiando el esquema de extracción, misma que fue concedida en el año 2012 a pesar de los múltiples conflictos sociales internos en oposición a dicho proyecto[722].

No obstante, en el año 2014, se profiere la Resolución 2090 por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, y se demarca el páramo de Saturban para fines de protección. En concordancia con la sentencia del 8 de febrero del año 2016, proferida por la Corte Constitucional, en donde declaro inexequible al artículo 173 del plan nacional de desarrollo 2014-2018, y extendiendo la prohibición de del desarrollo de actividades extractivas a los páramos del país, afectando de esta forma los títulos mineros conferidos en razón del proyecto Angostura[723].

Si bien se promovió una intención de solución pacífica al conflicto por parte de la empresa canadiense, el gobierno nacional tenía claridad sobre la relevancia del fallo de la Corte Constitucional, en tanto, esta era perentoria y de inmediata ejecución, en este caso primaron los intereses públicos del país receptor, sobre las pretensiones de la empresa canadiense. El 2 de agosto de 2016 por medio de la Resolución VSC 829 se le

[722] Cfr. CIADI. (2016) Detalles del caso Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia (Caso CIADI No. ARB/16/41). Washington. p.p 1-13. Disponible en: https://pop-umbrella.s3.amazonaws.com/uploads/3ef48519-4e92-4685-a7e9-950209b110d5_Caso%20Eco%20Oro%20vs%20Colombia.pdf?key=
[723] Cfr. Ibid.

notificó a Eco Oro de la revocatoria de sus títulos mineros ubicados en el Páramo de Santurbán.[724]

En consideración a lo precedente Eco Oro presentó una solicitud de arbitraje el 8 de diciembre de 2016, argumentando medidas arbitrarias inconsistentes y desproporcionadas que han socavado las inversiones de la empresa en el país receptor, vulnerando sus derechos otorgados bajo los títulos mineros concedidos y el contrato de concesión 3452, que involucró el yacimiento de oro y plata de Angostura, siendo este acto violatorio del TLC Colombo Canadiense. La empresa canadiense demandaría: (i) el fracaso en el pago justo y equitativo de Eco Oro a través de medidas arbitrarias, inconsistentes y desproporcionadas y la frustración de sus expectativas legítimas; (ii) expropiar ilegalmente la inversión de Eco Oro destruyendo su valor sin el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva[725].

En el presente caso, se evidencia el conflicto entre el AII suscrito, frente a las políticas públicas internas, en donde se cuestiona que tan beneficioso son este tipo de acuerdos para el estado receptor, en tanto, el cumplimiento de las obligaciones conllevaría una mayor afectación a los intereses nacionales del país inversor, lo anterior considerando la importancia de los páramos a nivel ambiental.

El tribunal de arbitramento ha considerado que el inversor si poseía un "derecho adquirido" y protección frente a la expropiación, adicionando que Eco Oro había adquirido el derecho a explotar el área de concesión así: "surge la comprensión de que los derechos adquiridos por una parte bajo un contrato de concesión son indivisibles", concluyendo que la empresa canadiense poseía algunos derechos adquiridos susceptibles de ser expropiados[726].

No obstante, el tribunal concluyo que el actuar del estado receptor de la inversión se realizó en legítimo ejercicio de los poderes internos, y no fue producto de conductas discriminatorias, sino que las mismas fueron diseñadas para la protección del

[724] Cfr. Ibid.
[725] Cfr. Ibid.
[726]Cfr. Investment Treaty news, (2021), Mayoría de tribunal en Eco Oro vs. Colombia encuentra incumplimiento de nivel mínimo de trato, sostiene que una excepción general ambiental no excluye la obligación de pagar compensación.,. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2021/12/20/majority-in-eco-oro-v-colombia-finds-violation-of-minimum-standard-of-treatment-holds-that-a-general-environmental-exception-does-not-preclude-obligation-to-pay-compensation/#:~:text=El%2029%20de%20marzo%20de,renuncia%20a%20la%20Concesi%C3%B3n%203452.&text=Colombia%20argument%C3%B3%20que%20ten%C3%ADa%20derecho,no%20eran%20parte%20del%20acuerdo.

medio ambiente, adicionando que la afectación no solo fue para la empresa canadiense, sino que, para todos los concesionarios mineros del Páramo de Saturban[727].

El tribunal, en atención al nivel mínimo de trato mínimo manifestó que; "Eco Oro tenía derecho a esperar que Colombia tratara a su inversión de manera equitativa y justa para garantizar un ambiente comercial predecible … pero que, al hacerlo, debería garantizar el avance y la aplicación de las leyes y regulaciones ambientales". Concluyendo que realmente existió una afectación al inversor, pese que en primera instancia se determinó que el actuar del estado fue justificado, el mismo por lo yerros internos de organización en los entes gubernamentales, no considero al inversor, razón por la cual este era responsable del daño ocasionado.[728]

Como pronunciamiento final el tribunal admitió en su jurisdicción el conflicto y preciso un incumplimiento del Artículo 805 del acuerdo internacional de inversión inmerso en el TLC colombo – canadiense, reservándose las costas e indemnización hasta tanto se pronuncie por medio de un laudo[729].

Al respecto cabe manifestar la afectación que sufrió el estado colombiano en atención al AII, en tanto, el tribunal de arbitramento, pese a señalar que este obro en razón de la protección a un bien social y ambiental superior, no obro diligentemente con respecto a las actuaciones gubernamentales internas, profiriendo sus políticas sin la prevención del inversor, resultando un poco cuestionable dicha decisión, si se tiene en cuenta que dichos trámites son de común ocurrencia en los estados en desarrollo, quienes no gozan de una estabilidad política y jurídica determinante, siendo una desventaja frente a los controversias que surjan en razón a los AII. En este sentido, el estado colombiano deberá ajustar sus políticas internas, tendientes a evitar conflictos similares eventualmente, siendo clara la afectación al derecho y políticas internas por parte de los AII, así como los laudos arbitrales en razón a estos.

Es por lo anteriormente mencionado que ha crecido la conciencia del riesgo de litigiosidad, razón por la cual, se ha influido en la legislación o la regulación de los países en desarrollo, incluyendo prevenciones con tratados previamente suscritos, como resultado de los altos costos a raíz de las infracciones de los AII. Dentro de los costos se incluye la indemnización del demandante, los costos del litigio, así como costos reputacionales como estado infractor (como es el caso de Venezuela dentro de los países

[727] Cfr. Ibid.
[728] Cfr. Ibid
[729] Cfr. Ibid

de la región latinoamericana). En suma, el riesgo de asumir elevados costos ha implicado de los estados actúen con mayor reserva en general, implicando una mejor planificación y preparación al momento de afrontar AII.[730]

No existe un análisis exhaustivo que dé respuesta clara sobre si los gobiernos se autocensuran o inhiben al adoptar o aplicar medidas regulatorias para afrontar litigios por AII, sin embargo, existen dos escenarios que aportan claridad al respecto. El primero de ellos implica que los inversores acudirían de forma previa a los gobiernos con objeciones a las políticas que amenazan dar inicio de procesos litigiosos, con la finalidad de que el gobierno considere la política a emplear bajo una amenaza de controversia; y, el segundo escenario en donde tanto el inversor como el gobierno, una vez iniciado el litigio, consideran las soluciones al conflicto para no generar un daño superior[731].

Se puede evidenciar que en dichos escenarios, lo Estados no gozan de plena autonomía, sino que, se encuentran sometidos a las prerrogativas de los inversores, en tanto, por la búsqueda de evitar un riesgo, ajustan sus políticas públicas a las objeciones de los inversores, siendo claramente una situación de conflicto y tensión, entre el real querer del estado y las posibilidades del mismo, siendo uno de los cuestionamientos con respecto a la igualdad de los estados de donde proviene la inversión, los estados receptores de la inversión y los inversores.

5. Efectividad de los Acuerdos Internacionales de Inversión en el incremento real de la inversión extranjera.

En este título se pretende comprender como impacta la suscripción de AII en el incremento de la inversión extranjera, y determinar si este es el medio idóneo por el cual los estados receptores de la inversión aumentan sus expectativas de inversión extranjera directa.

En este punto cabe recordar que, una de las principales motivaciones de la suscripción de los AII es la protección a los inversores extranjeros frente a los riesgos políticos en el país receptor. Con la mejora del marco normativo institucional en el país receptor de la inversión, se pretende adecuar un entorno favorable a la inversión, buscando de esta forma influenciar los flujos de inversión.

[730] Cfr. Ibid., Pohl Joachim, Op. Cit.
[731] Cfr. Ibid.

En este sentido, se establece un trato preferencial del inversor en políticas internas, y adicionalmente se establece un mecanismo de solución de controversias internacionales, reduciendo los riesgos que pueda tener un inversor en un estado receptor de la inversión. Otra de las finalidades de los AII, es el establecimiento de reglas de transparencias, de credibilidad y la estabilidad del marco de la inversión, compensando las diferencias institucionales del estado receptor de la inversión y brindando seguridad en lo referente al derecho de propiedad.[732]

En este sentido, se puede establecer tres funciones claras de los AII tendientes a incidir en el crecimiento de las inversiones extranjeras directas en los estados en desarrollo, siendo estas, la protección de la inversión, la liberación de la inversión extranjera directa, y la transparencia, credibilidad y estabilidad, dentro del marco institución del país receptor.

Con la suscripción de los AII, se busca establecer un marco jurídico seguro y óptimo para el inversionista, generando confianza en este, puesto que se establecen reglas claras de juego, reduciendo de esta forma el riesgo político que afecte a la inversión. Es por esto, que al haber suscrito un país en desarrollo un AII, brinda mayores garantías de la inversión, lo que implica un mayor atractivo al inversionista, en tanto, este dispone de las precitadas garantías.

Adicionalmente, se impone una jurisdicción especial para estos, que conlleva una imparcialidad al momento de controversias, y un medio más expedito para el reclamo de cualquier afectación, considerando que la misma no requerirá obligatoriamente la intromisión del estado de origen del inversor, y este podrá acudir de forma directa a la protección de sus intereses de forma jurisdiccional, obviando las actuaciones diplomáticas y mayores acciones burocráticas que puedan demorar o entorpecer el respectivo reclamo.[733]

Uno de los aspectos que se establece como garantía para la inversión, es la protección frente a una posible expropiación por parte del estado receptor, esto en cuanto, si bien es cierto, en la actualidad no es muy común la expropiación directa, si se puede presentar casos de expropiación encubierta o indirecta, como puede ser por medio de la cancelación de licencias conferidas al inversionista y la negación al acceso a la

[732] Cfr. UNCTAD. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo el papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa hacia los países en desarrollo. Nueva york y Ginebra, 2009. p.p. 14. Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/diaeia20095_sp.pdf
[733] Cfr. Ibid.

justicia, evento en el cual por dicho actuar el estado receptor podrá ser sancionado y obligado a pagar una indemnización en favor del inversor, conflicto que se dirimirá en una jurisdicción especial en un tribunal internacional.[734]

En el caso CIADI No. ARB(AF)/97/1 Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos, se trataría a profundidad la expropiación indirecta y se diría que:

> "Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor."[735]

Igualmente, en la jurisprudencia del CIADI se ha establecido un concepto propio de expropiación indirecta, en el caso Lauder v. The Czech Republic se dijo:

> "una expropiación indirecta o nacionalización es una medida que no involucra una transferencia (taking) flagrante de la propiedad, sino que efectivamente neutraliza el goce de los activos. Es generalmente aceptado que una gran variedad de medidas es susceptible a dar lugar a una expropiación indirecta y cada caso es por ello decidido en base a sus circunstancias particulares"[736].

Adicionalmente, con la suscripción de los AII se concentran las disposiciones legales que puede emplear el inversionista para reclamar su vulneración, antes de la suscripción de este tipo de tratados, la protección de la legislación internacional, respecto de las inversiones, tropezaba con estructuras efímeras que consistían en normas dispersas entre diferentes tratados, hasta normas consuetudinarias cuestionables y controvertidos principios generales de derecho.

El derecho internacional no se ocupaba de cuestiones como el derecho de los inversores extranjeros a transferir fondos desde los países receptores. Los principios de derecho internacional no prestaban garantía alguna, en cuanto se podían presentar interpretaciones contradictorias, como en caso del cálculo de las indemnizaciones por expropiación. En igual sentido no existía un órgano que permitiera denunciar a los países receptores que hubieran afectado al inversor o que no hubieran cumplido con sus

---

[734] Cfr. Ibid.

[735] CIADI. Caso No. ARB(AF)/97/1, Metalclad Corporation vs los Estados Unidos Mexicanos. Laudo 30 de agosto de 2000. Párrafo 103. Washington Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf

[736] POSADA Lopez, Sofia. La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de la protección de la inversión extranjera. – Su incorporación en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Disponible en: https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9684/u295890.pdf

obligaciones contractuales. Y finalmente los inversores solo podían actuar a través de sus gobiernos mediante procesos de carácter más político que jurídico[737].

En este sentido, se puede establecer que la gran mayoría de AII incluyen cláusulas de protección de inversión, como son la de la nación más favorecida, o el trato nacional. Sin embargo, existen dos clases de AII; por una parte, los que se limitan a la inclusión de cláusulas de protección a la inversión, con el establecimiento de las precitadas cláusulas, y por otra los que incluyen cláusulas de liberalización de las operaciones de las inversiones, con la supresión o reducción de normas de carácter restrictivo a la inversión, como puede ser aquellas disposiciones de empleo de personal expatriado, o en lo referente a resultados determinados de la inversión[738].

En cuanto al efecto de liberalización de la inversión, se distinguen entre los tratados que solo confirman y aseguran el grado de apertura para la inversión ya presenta, y los que generan una mayor liberalización. La liberación a partir de los AII se encamina a los recursos naturales y los servicios, siendo el ultimo el sector con mayor restricción en la inversión extranjera directa.

No obstante, en la practica la liberalización de los AII se limitan por lo general a los sectores de servicios que ya estaban abiertos a la inversión, con lo que se puede concluir que la liberalización de la inversión en el sector de servicios resulta relativamente infrecuente. En este caso, la injerencia de los AII con referencia a la liberalización en las distintas ramas de servicios dependerá de cada acuerdo y estado, en el caso de los AII entre países con sectores de servicios con un alto grado de apertura, el acuerdo se limitará al pequeño número de sectores restantes. La relevancia para el inversor será la consolidación de la apertura unilateral ya existente en el sector de los servicios, junto con la obligación de abstenerse de tomar medidas de desmantelamiento, incrementa la confianza de los inversores[739].

Ahora bien, un sector con restricciones importantes para los inversores es en la industria extractiva, considerando la importancia estratégica que se le atribuye a este sector, en algunos países se prohíbe directamente la inversión en el sector petrolero y el gas, y oros solo permiten una participación minoritaria del capital extranjero. Para el año 2005, las empresas transnacionales solo tenían acceso al 10% de las reservas petroleras, y a otro 7% a través de empresas conjuntas con las empresas públicas

[737] Cfr. Ibid., UNCTAD, Op. Cit.
[738] Cfr. Ibid
[739] Cfr. Ibid

nacionales. Otro obstáculo destacado es la presencia de compañías nacionales de petróleo o gas, que impedirían el acceso por parte del inversor extranjero[740].

Otro punto, que teóricamente implica un efecto de los AII en la inversión extranjera directa es la transparencia, previsibilidad y estabilidad, en tanto, las normas de los países receptores se vuelven más propicias para la ejecución de la inversión, pues se encuentra una coherencia normativa. Así se puede apreciar en la encuesta realizada por la UNCTAD entre empresas transnacionales, donde se señaló que entre los determinantes económicos para que se materialice las inversiones son la estabilidad macroeconómica y política[741].

Para los inversionistas es importante que el país receptor de la inversión actúe de forma coherente, pues este tendrá que relacionarse con las diferentes instituciones del estado, desde el momento de la entrada, el establecimiento y en la ejecución y posible terminación del proyecto de inversión. Seguida de la transparencia que implica el conocimiento de las intenciones de los países receptores de la inversión, plasmadas en leyes y reglamentos claras.

En algunos AII se establecen obligaciones que señalan en el evento de que se adopten nuevas políticas que afecten a la inversión, están deberán ser comunicadas a los afectados y, eventualmente, realizar las modificaciones en el marco de consultas con los interesados. En este sentido, los inversores aspiran a cierto grado de previsibilidad y estabilidad en las políticas del país receptor, lo que implica que no se produzcan cambios repentinos e inesperados que afecten los proyectos empresariales.[742]

En este sentido, se evidencia que, a nivel teórico con la suscripción de los AII por parte de los estados, se instituye un medio de seguridad para la inversión, estableciendo garantías y prerrogativas que buscan su salvaguarda, siendo este el motivo por el cual se genera confianza en el inversionista, que a partir de la certeza a nivel normativo promueve las inversiones, no obstante, cabe aclar que dichas afectaciones de los AII a los flujos de inversión extranjera también obedecen a panoramas externos y no meramente a los tratados.

Ahora bien, en el panorama de las inversiones extranjeras a partir de 2018 se da una tensión, que ha implicado los esfuerzos de los países inversores para reequilibrar su balanza de pagos por la gran competencia internacional. La tensión se presenta entre las

[740] Cfr. Ibid
[741] Cfr. Ibid
[742] Cfr. Ibid

grandes potencias mundiales, entre los que se destacan Estados Unidos y China, así como con la Unión Europea, quienes se encuentran en pugna por el control estratégico y el dominio de las tecnologías, así como la política de defensa[743].

Considerando que actualmente no existe una tendencia a una resolución rápida de los conflictos en materia de inversiones, se ha mirado alterada las decisiones de los estados con potenciales inversores, a tal punto de que se cancelen inversiones, y se modifiquen estrategias que afectan la estructura de cadenas globales de valor.

En este contexto de conflicto, las entradas de inversión extranjera directa en el mundo no superaron un 13% a las de 2017 por un valor de 1,3 billones de dólares, siendo similar a lo registrado en el año 2010. En las economías desarrolladas como la de la Unión Europea fue de un (27%), como consecuencia de la reforma tributaria en los Estados Unidos, quien promovió mayores flujos de repartición de utilidades desde Europa hacia este país, adicionando que se produjo un ligero aumento del (2%) en las economías en desarrollo, donde se ha evidenciado una estabilidad en los últimos años. En contraposición con la reducción de las inversiones de China fuera de Asia[744].

Ahora bien, con respecto a América Latina y el Caribe, para el año 2018, las entradas de inversión extranjera directa fueron superiores al año anterior con un valor (un 13%) y alcanzaron un monto de 184.287 millones de dólares. No obstante, dicho crecimiento se concentró principalmente en Brasil y México. Las manufacturas fueron los sectores que mayores beneficios e ingresos de capital y un leve aumento hacia los sectores de recursos naturales[745].

Al respecto cabe mencionar, que dicho panorama no vario significativamente con respecto a los años inmediatamente anteriores, lo cual se evidencio en todos los aspectos un leve aumento, pero no muy significativo, que permitiera dar una valoración determinante con respecto a las inversiones extranjeras directas, no obstante, el cambio de paradigma se daría en el año 2020, que implico un reto para la economía mundial, considerando el advenimiento del virus COVID 19.

En este sentido, para el año 2020 los flujos de inversión extranjera directa se redujeron en 35%, es decir hasta un billón de dólares, frente a los 1,5 billones del año anterior. La llegada del COVID 19 implico un freno en los proyectos de inversión, con una revaluación por parte de los proyectos ya planteados. Las economías desarrolladas

[743] Cfr. CEPAL. La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe.2019 p.p. 13. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44697/8/S1900448_es.pdf
[744] Cfr Ibid.
[745] Cfr Ibid.

fueron afectadas hasta en un 58%, considerando las reestructuraciones de las empresas y los flujos financieros. Por su parte en las economías en desarrollo sufrió una caída moderada del 8 %, debido a la resistencia de los flujos en Asia.[746]

Los países en desarrollo, los proyectos en nuevas instalaciones cayeron un 42 % y el número de acuerdos internacionales de financiación un 14%. con respecto a las economías desarrolladas se produjo un descenso del 19% en inversiones de nueva planta y un aumento del 8% en los acuerdos de financiación internacional de proyectos[747].

En este orden de ideas, se evidencia que todos los indicadores descendieron, lo cual implica una caída de los flujos de inversiones en capital de más de 50%., las multinacionales disminuyeron un 36% en sus beneficios con una considerable reducción de utilidades. No obstante, para el año 2021 la inversión extranjera directa mundial se recuperó fuertemente, mostrando un repunto de un 77% a un estimado de 1.65 billones de dólares, desde 929 mil millones 2020, mejorando el nivel anterior al COVID -19.

Para las economías desarrolladas, se presentó un aumento, donde la inversión extranjera alcanzó un estimado de 777 mil millones de dólares en 2021, siendo superior a lo presentado en el año 2020. En Europa más del 80% de los flujos de inversión obedecieron a grandes oscilaciones en las economías de conducto. En Estados Unidos se duplicaron las entradas y provinieron del aumento en las funciones y adquisidores transfronterizas. Por su parte, las economías en desarrollo aumentaron un 30 por ciento a 870.000 millones de dólares, con un crecimiento en Asia oriental y sudoriental (+20%)[748].

En este punto se puede precisar que el aumento de flujo de inversión extranjera en países en desarrollo no solo obedece a la suscripción de AII, sino que la misma está sometida a múltiples variables económicas y políticas internacionales, no obstante, es claro que, académicamente hablando, con la suscripción de AII, por partes de los estados en desarrollo, se establecen mejores condiciones para la inversión, siendo este el principal objetivo de dichos acuerdos, en tanto, genera confianza a los inversionistas quienes en suma decidirán si dichas condiciones beneficiarían la inversión.

Para sintetizar, se ha podido evidenciar que la interpretación de los AII no ha sido regular. Lo anterior debido a que la tendencia mayoritaria que surge a partir de la aplicación

---

[746] Cfr. UNCAD. Iinforme sobre las inversiones en el mundo2021, Invertir en la recuperación sostenible. 2021. Pp. 11. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_overview_es.pdf
[747] Cfr. Ibid.
[748] Cfr UNCTAD. La inversión extranjera directa mundial se recuperó fuertemente en 2021, pero la recuperación es muy desigual. 19 enero 2022. Disponible en: https://unctad.org/es/news/la-inversion-extranjera-directa-mundial-se-recupero-fuertemente-en-2021-pero-la-recuperacion

e interpretación de los acuerdos de primera generación por parte de los órganos de arbitraje le otorgaron a aquellos y sus disposiciones la virtud de ser derecho, emanado de la voluntad que representa el estado, sin contemplar de forma profunda y articulada el orden interno, postulados de naturaleza superior reconocidos y protegidos en el orden internacional, y, el orden público. De tal forma, en décadas posteriores, por los efectos adversos, casi perversos, de este sistema de protección a la inversión interna, la respuesta de los estados receptores en vías de desarrollo y en estado de subdesarrollo generaron una contra tendencia que se posiciona a partir de posturas estructuralistas que recorren desde diferentes perspectivas un camino de crítica.

Así, se contemplan varias acciones por parte de los estados receptores de inversión, que van desde la renegociación de los acuerdos hasta la denuncia de la convención, de esta tendencia contestataria, que pregona la protección de la soberanía nacional, y con ello, la función del estado de proteger bienes jurídicos y políticos superiores surge una segunda tendencia de negociación en la que la protección de las inversiones se subsume al cumplimiento de los fines y objetivos de los estados en una articulación jurídica y política que permite modular la afectación a la soberanía frente a los intereses particulares de los inversionistas y estados patrocinadores.

En materia de derechos humanos e inversión extranjera directa, la interpretación cada vez más aceptada consiste en privilegiar la función del estado como garante de postulados superiores, mientras que, su función protectora de IED consiste articular las actividades industriales de los extranjeros con los objetivos de desarrollo de la estrategia establecida como política pública por el estado receptor. En este choque de intereses, el riesgo asumido por el inversionista y las garantías ofrecidas por el estado se concluye, no pueden ser consideradas como derecho si al proteger la IED, este, en el ejercicio de sus funciones, debe lacerar elementos que afectan las condiciones de vida como el medio ambiente o el acceso a bienes públicos básicos como el agua, en esa medida, tampoco es aceptable una interpretación normativa que le impida ejercer su imperio para regular y proteger dichos elementos.

Frente a las demandas entre los inversores y los estados receptores, relacionado directamente con lo anterior, se concluye que, de continuar con el uso de AII como mecanismos de atracción y protección de la IED, realizar las valoraciones adecuadas en las etapas previas es un imperativo en la medida que el estado debe proteger el erario, de modo que los costos de defensa del estado no superen los beneficios obtenidos del negocio internacional. Así, también constituye un imperativo la mejora técnica constante de la

institucionalidad que interviene desde las primeras etapas de gestación de los acuerdos, quienes deben tener en cuenta que el fin de la localización de capitales en el territorio nacional no es otro que impactar positivamente los índices de desarrollo establecidos en la estrategia de cada estado.

Frente a la exclusividad para demandar ante tribunales arbitrales como el CIADI por parte de los inversionistas, se concluye que es una medida que busca reducir el tiempo de decisión en comparación con los trámites internos, y, que, siendo una medida voluntaria, debe otorgarse con cautela, toda vez que, por un estado de madurez temprano la institución del arbitraje internacional no es una garantía fuerte de imparcialidad, como tampoco lo es frente a la injerencia política de estados de donde proviene la inversión.

En cuanto a los laudos arbitrales inconsistentes, se concluye que la inconsistencia deviene de dos causas posibles principalmente, la primera, el exceso de garantías dadas a los inversionistas, que pone en un primer plano asuntos económicos, por encima de elementos fundamentales superiores, el derecho interno y el orden público, y, la segunda, la injerencia de los estados desarrollados en el ámbito global, en tanto. el sistema arbitral, por su estadio temprano de desarrollo no funge como garantía de objetividad e imparcialidad en sus decisiones.

Por su parte, se ha evidenciado una inferioridad de los países en vía de desarrollo con respecto de los países desarrollados, pues si bien es cierto los primeros han tenido la facultad de suscribir los AII de forma voluntaria, queda en entredicho los contenidos de los documentos internacionales, por cuanto, de forma pragmática es clara la prerrogativa en favor de los inversionistas, así como la facultad de los estados desarrollados para intervenir en casos particulares, quedando en entredicho las motivaciones abstractas y presuntamente positivas para la suscripción de AII.

Asimismo, se evidencia que los laudos arbitrales internacionales en materia de inversiones, han generado cambios en las políticas públicas internas de los estados en desarrollo, siendo cuestionable la forma en cómo se ve afectada la gobernanza de los últimos con respecto a la institucionalidad y normatividad , puesto que para llevar a cabo la ejecución de los AII, el estado en desarrollo tiene que ajustarse a los estándares y exigencias internacionales, que no siempre resultan en beneficios para el estado anfitrión, sino por el contrario, se generado conflictos entre la política pública interna y los AII, teniendo como resultado en sanciones ante la jurisdicción internacional.

Por último, se tiene que no es clara la injerencia de la suscripción AII con respecto al incremento de la inversión extranjera en países en desarrollo, sino que, por el contrario, esta

obedece a múltiples factores externos al documento en si mismo, y que dicho instrumento tiene clara una finalidad, la protección de la inversión extranjera en el estado huésped de la inversión, resultando cuestionable la afirmación de que en si mismo los AII generan un aumento de flujos de la inversión.

CONCLUSIONES

1- Si bien es cierto los estudios y análisis realizados acerca del impacto y efectos de los TLC y AII en la atracción de inversión extranjera directa presentan datos interesantes, como por ejemplo que, la suscripción de AII no es una condición necesaria para recibir este tipo de inversión, prueba de ello es la existencia de Estados con pocos AII suscritos que a pesar de ello, ocupan los primeros lugares a nivel mundial en recepción de flujos de inversión, como lo es el caso de Brasil en la región Latinoamericana, no se puede desconocer la importancia e incidencia de los tratados de inversión en la atracción de inversión extranjera directa en la economía de los estados latinoamericanos.

2- La mayoría de las cláusulas de los AII pactadas por los estados latinoamericanos se refieren a los compromisos de los Estados receptores de inversión para la protección de los derechos de los inversionistas extranjeros, y no a obligaciones sustantivas de los inversionistas extranjeros frente a los Estados receptores de la inversión.

3- Los efectos de la cláusula de nación más favorecida pactada en los AII estarán dados por el contenido de esta en cada Acuerdo, si bien es cierto, las decisiones de los Tribunales en relación con la misma no han sido consistentes, corresponderá a los Estados determinar de acuerdo con sus condiciones particulares y el fin buscado con la suscripción del tratado, establecer la conveniencia o no de incluir dicho estándar y el contenido del mismo.

4- El estándar de trato nacional en los AII en su redacción involucra la no discriminación al inversionista extranjero y el que no se les trate de manera menos favorable en relación con los locales, elementos estos que no son excluyentes uno del otro, sino que por el contrario subsisten de manera independiente, por lo que serán los estados parte del AII los llamados a establecer de manera clara en el texto del tratado este estándar.

5- Las políticas públicas que se adopten en materia de IED por los Estados deberán tener en cuenta los estudios realizados sobre otros factores determinantes en la atracción de la inversión extranjera directa, que van más allá de contar con un AII, tales como el tamaño y el crecimiento del mercado, la disponibilidad de los recursos naturales y la calidad de la infraestructura física y financiera, los cuales tienen un peso importante en los inversionistas al momento de decidir invertir.

6- Del análisis detallado de los capítulos de inversión contenidos en los TLC Colombianos, se denota la experiencia adquirida en la negociación de este tipo de tratados, lo cual se evidencia en la defensa realizada en las disputas llevadas ante tribunales de arbitramento, y en intención demostrada por el Estado colombiano para que en las controversias que llegaren a surgir se prefiera la solución amistosa antes que los tribunales arbitrales.
7- El mecanismo de acuerdo mutuo en la solución de controversias de los tratados y de manera puntual la aplicación de este en los AII es una figura en desarrollo, respecto de la cual a la fecha no existe un consenso, así como tampoco con respecto a los requisitos de procedibilidad para acceder a los tribunales de arbitramento.
8- Un aspecto importante a tener en cuenta por los Estados es el perfilamiento del inversionista, para decidir si al estado le interesa o no recibirlo; cómo funciona su negocio, cuáles son sus postulados de responsabilidad social y empresarial, y, cuáles son sus prácticas de cumplimiento, para determinar si su actividad específica, en la ejecución, se adapta a las políticas públicas planteadas por el estado receptor de la inversión.
9- La actividad litigiosa adelantada por el CIADI y en general por los organismos que se encargan de dirimir disputas arbitrales que versan sobre AII, debe ser direccionada y moderada por los DDHH, dada la naturaleza y carácter superior de sus postulados, por lo que en el evento de existir DDHH involucrados en la controversia, el asunto debe ser redirigido a través de los mecanismos convencionales, a los órganos internacionales o al estado responsable de su garantía.
10- Se requiere de un esfuerzo conjunto de los actores internacionales para lograr altos niveles de coherencia y equilibrio en el sistema jurídico internacional para la protección de los DDHH, máxime cuando estos resultan vulnerados o amenazados como consecuencia de tratados de inversión suscritos, en donde los estados han priorizado la atracción de la inversión extranjera en menoscabo de derechos de las comunidades indígenas, de los recursos naturales, incluso del interés general.
11- Se debe invocar la integración normativa del orden jurídico interno y los principios internacionales a favor de los estados receptores, al resolver las controversias como un asunto de derecho público internacional, pues, si bien se

busca un sistema que favorezca la inversión extranjera ésta no puede darse de manera desproporcionada para los estados receptores de la inversión.

12- La exclusividad dada al inversor para la activación del mecanismo arbitral es una garantía para la inversión, que termina configurando un exceso que desequilibra la relación que en principio se tiene como entre iguales.

13- Los límites que se imponen a la divulgación de información sobre la controversia en los laudos arbitrales impiden la participación de grupos de interés que, por las mismas actuaciones del estado o del inversor sufren un perjuicio o consideran afectados algunos de sus derechos, razón por la cual esta información debe hacerse pública lo cual contribuiría a combatir la especulación y la desinformación a partir de elementos técnicos que permitan prever resultados razonables.

14- De continuar con la suscripción de AII como mecanismos de atracción y protección de la IED, los Estados deben realizar las valoraciones adecuadas en las etapas previas, de modo que los costos de defensa del estado o las condenas impuestas producto de los laudos arbitrales no superen los beneficios buscados con la suscripción del tratado internacional. Así, también la mejora técnica constante de la institucionalidad que interviene desde las primeras etapas de gestación de los acuerdos, para quienes el fin de esa inversión extranjera directa no debe ser otro que impactar positivamente los índices de desarrollo establecidos en las políticas públicas del estado receptor de la inversión.

BIBLIOGRAFÍA

Referencias Bibliográficas

Monografías

ALVAREZ Calderón Campos, A, 2020. Corrupción en arbitraje internacional de inversiones: ¿es un peligro o un salvavidas para países en desarrollo? *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 457–466. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.025

AMADO, José Daniel, AMIEL, Bruno, 2005. La expropiación indirecta y la protección de las inversiones extranjeras, THEMIS, Revista de Derecho. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8747/9133

ANSARI, Alireza, RAISI, Leila, 2018. International Standards of Investment in International Arbitration procedure and Investment Treaties, Revista Jurídicas, 15 (2), p.p. 11 – 35. DOI: 10-17151/jurid.2018.15.2.2, Disponible en: http://vip.ucaldas.edu.co/juridicas/downloads/Juridicas15(2)_2.pdf

ARÉVALO, Julián, 2010. Acuerdos de comercio preferencial: más allá del libre comercio, Revista de Economía Institucional, Universidad Externado de Colombia, Vol.12, No. 23, segundo semestre – 2010, Bogotá, p.p. 377- 382. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/2535

ARREDONDO, Ricardo, 2019. La negociación como método de solución de controversias internacionales. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. p.p. 79-109. Disponible en: https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-17/Revista_Juridica_Ano1-N17_03.pdf

ARRESE, D., 2009. Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión. pp. 18 -23. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/106982/de-arrese_d.pdf?sequence=3&isAllowed=y

BALLESTEROS GONZÁLEZ, Juan M, 1977. *Comercio Internacional: igualdad jurídica, discriminación de hecho.* Granada. Colección Monográfica Universidad de Granada.

BERNAL, José Carlos, ALVAREZ, José Manuel, y otros, 2021. El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios. Maciej Zenkiewicz, editores. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.

BERCKEMEYER Olaechea, F, 2020. Al calor de un disenso. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 303–314. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.016

BONNITCHA, Jonathan, SKOVGAARD, Lauge, WAIBEL, Michale, 2017. The political economy of the investment treaty régimen, New York, Oxfortd University Press. ISBN. 9780998719557.

BOTTARI, Mary, WALLACH, Lori, 2005. Capítulo 11 del TLCAN y los litigios de inversionistas contra Estados – Lecciones para el Tratado de Libre Comercio de Centroamérica, Public Citizen, Washington, p.p. 12-113. Disponible en: https://www.citizen.org/wp-content/uploads/chapter_11_spanish_final1.pdf

BRIAN J. Arnold, 2015. Introducción a los Tratados Tributarios. Disponible en: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Sp.pdf

CABEZAS, Víctor Daniel, 2019. Los derechos humanos y los TBI: contravías, colisiones e intersecciones, Iuris Dicto No. 23, Universidad Externado de Colombia, Junio 2019, p.p. 55-69, ISSN. 25-28-7834. Disponible en: file:///C:/Users/usuario/Downloads/1432-Texto%20del%20art%C3%ADculo-4418-1-10-20190612%20(1).pdf

CALDERÒN V, Juan Jacobo, 2005. Los acuerdos de promoción y protección de la inversión extranjera: una aproximación a la incidencia de la jurisprudencia constitucional en su estructuración e interpretación. Estudios Socio Jurídicos, Bogotá, Vol. 7, No. 2, Diciembre – 2005, p.p. 92 – 123. Disponible en:

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0124-05792005000200004&lng=en&nrm=iso

CARBAJAL, Christian, 2004. Responsabilidad internacional de los Estados frente a los inversionistas extranjeros. Comentarios en torno a la debida aplicación del derecho por los Tribunales CIADI, Agenda Internacional, Año X, No. 20, p.p. 195-213.

CABRERA, Omar, 2018. Análisis de la cláusula de nación más favorecida en los convenios para evitar la doble imposición: aspectos generales e implicaciones para el caso colombiano, Universidad Externado: Revista de derecho fiscal, No. 13. DOI:https://doi.org/10.18601/16926722.n13.02. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/fiscal/article/view/5676

CÁRDENAS, Andrés, 2015. La peculiar estructura del Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre Colombia y Japón: seguridad jurídica para la inversión extranjera, Universidad Externado de Colombia, Blog de Derecho de los Negocios, Bogotá, Colombia. Disponible en: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-peculiar-estructura-del-tratado-bilateral-de-inversion-celebrado-entre-colombia-y-japon-seguridad-juridica-para-las-inversion-extranjera/

CASTILLO, L. F., 2012. La protección de las inversiones extranjeras y la vigencia de la Cláusula Calvo. Argentina. Disponible en: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-107/la-proteccion-de-las-inversiones-extranjeras-y-la-vigencia-de-la-clausula-calvo

CASTILLO, Y., 2020. ¿Los Estados cómo demandantes en el arbitraje de inversión basado en tratados? Comentario al laudo Urbaser vs. Argentina. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(20).doi:10.22201/iij.24487872e.2020.20.14482.

CASTRO Peña, María Natalia, 2017. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión, Derecho del Estado No. 38, Universidad Externado de Colombia, enero – junio de 2017, p.p. 23-66, DOI: https//doi.org/10.18601/01229893.n.38.02.

CAVARRETTA, Giuseppe, 2018. *La clausola della nazione più favorita (Classic Reprint)*. Fb&cLimited. p. 13. ISBN 0364555513, 978036455514.

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW (CIEL), INSTITUTO DEL TERCER MUNDO (ITEM), 1999. Los acuerdos sobre inversión en las Américas: perspectivas económicas, ambientales y sociales. Center for International Environmental Law, Washington D.C. Disponible en: https://www.ciel.org/Publications/miamiinvestmentpaperspanish.pdf

CERDA, Cristóbal y GOLDENBERG, Mónica, 2007. Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera: relación con los tratados de libre comercio y convenios sobre protección y promoción de inversiones suscritos por Chile: análisis jurisprudencial. Santiago, p.p. 8-11 Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112476

CORREA, Diana, 2017. LA NOCIÓN DE INVERSIÓN PROTEGIDA Relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno del Estado que acoge la inversión, Disponible en: https://dernegocios.uexternado.edu.co/controversia/la-nocion-de-inversion-protegida-relaciones-entre-el-derecho-internacional-y-el-derecho-interno-del-estado-que-acoge-la-inversion/#_ftn4

CUNIBERTI, G., SEGOVIA, M. J., 2020. Choice of Law in Latin American Arbitration: Some Empirical Evidence and Reflections on the Latin American Market for Contracts. *SSRN Electronic Journal*, p.p. 35–57. Disponible en: https://doi.org/10.2139/ssrn.3668867

DÀVILA, Jimena, JARAMILLO, Camilo, 2015. Efecto de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos Comerciales y Tratados Bilaterales de Inversión sobre los flujos de inversión extranjera directa: un análisis para América Latina entre 2001 – 2014, Universidad EAFIT, Medellín – Colombia, p.p. 4-21. Disponible en: https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/8361/JimenaAlejandra_DavilaBarragan_Camilo_OrozcoJaramillo_2015.pdf?sequence=2

DANNON Alva, A. 2020. Una aproximación a los convenios arbitrales asimétricos: intuiciones sobre su tratamiento legal en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 59–97. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.003

DE LA FLOR PUCCINELLI, N, QUIROZ Arellano, M, 2020. Importando paraguas: las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 467–483. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.026

DE LA MORA, Luz María, 2018. Hacia dónde se dirige el régimen de comercio internacional y sus implicaciones para América Latina, CEPAL, Ciudad de México, p.p. 22-33. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43621/1/S180599_es.pdf

DE MORAES JARDIM, María, 2015. El régimen internacional de inversiones y las alternativas para Brasil, Universidad de Chile, Instituto de Estudios Internacionales, Santiago de Chile. Disponible en: http://www.iei.uchile.cl/postgrado/magister-en-estrategia-internacional-y-politica-comercial/estudios-de-casos/2015/el-regimen-internacional-de-inversiones-y-las-alternativas-para-brasil

DE LUIS GARCÍA, E, 2020. Arbitraje para conflictos ambientales: una aproximación desde los Derechos Humanos. *THEMIS Revista de Derecho*, *77*, p.p. 505–151. Disponible en: https://doi.org/10.18800/themis.202001.028

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, 2005. El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS, Actualidad Jurídica Uría y Menéndez, No. 11, Disponible en: https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1381/documento/articuloUM.pdf?id=3209

DOLZER, Rudolf, SCHREUER, Christoph, 2008. Principles of International Investment law, New York: Oxford University Press. ISBN. 9780199651795.

DURÁN, F., 2020. “Análisis del Estándar de Protección derivado de la aplicación y ejecución de cláusulas paraguas en el Derecho Internacional de Inversiones: Problemas jurisdiccionales y posibles soluciones.” Universidad de los Hemisferios 2020, pp. 8–68. Quito, Ecuador. Disponible en: www.jstor.org/stable/1066808.

ECHAIDE, J, 2017. Demandas en el Ciadi y el derecho humano al agua: ¿Tratados de inversiones Vs. derechos humanos? International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (31), p.p. 81–113, doi:10.11144/javeriana.il14-29.dcdh

ECHAIDE, Javier, 2018. *Condicionantes sistémicos para el pleno goce del derecho humano al agua: CIADI vs. derechos humanos.* Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Fe, Derecho (UBA), Buenos Aires, Argentina

ECHANDI, Roberto, 2020. Mitos sobre los acuerdos internacionales de inversión: “rescatando” a los países en desarrollo del desarrollo. LOGOS, 1 (1), p.p. 10-39. Disponible en: http://dspace.ulead.ac.cr/repositorio/handle/123456789/86

ENDARA, Francisco, 2010. ¿La protección y seguridad plena de las inversiones el estándar olvidado de los Tratados Bilaterales de inversión? Revista jurídica de Derecho Público, Quito, Tomo 2. Disponible en: https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/01/443a460_la_proteccion.pdf

ENDARA, Francisco, 2011. Derecho aplicable al fondo de la controversia en arbitrajes surgidos de tratados de inversión, Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, Vol.3, No.1, Año 2, Santiago de Chile. Doi:10.7770/RCHDYCP-V2N1-ART40.

FALKONERTH, Rozo, Juan Guillermo, 2019. Inconveniencia de incluir o mantener la cláusula paraguas en los AII y TLC con capítulos de inversión de Colombia. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/2839/1/GFAAA-spa-2019-Inconveniencia_de_incluir_o_mantener_la_clausula_paraguas_en_los_AII_y_TLC_con_capitulos

FAYA, Alejandro, 2013. ¿Cómo se determina una expropiación indirecta bajo tratados internacionales en materia de inversión? Un análisis contemporáneo, Instituto de

Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3386/8.pdf

FEBLES, Nayiber, 2019. La transparencia en el arbitraje internacional y en los tratados bilaterales de inversión, Universidad de Girona, Departamento de Derecho Público, Girona, Disponible en: https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/16805/tnfp_20190329.pdf?sequence=1&isAllowed=y

FEDESARROLLO, 2017. Impacto de la inversión extranjera en Colombia: Situación actual y perspectiva. Bogotá. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/979/Repor_Diciembre_2007_Fedesarrollo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

FUENTES, Ximena, 2010. El impacto de las normas internacionales sobre protección de la inversión extranjera en el derecho nacional, CEPAL, Santiago de Chile, p.p. 30 – 65. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/derecho/pdf/Acuerdos-internacionales-inversion.pdf

GALVIS, Natalia, 2018. Vulneración de contratos protegidos por una cláusula paraguas en acuerdos internacionales de inversión (AII), GAA. Trabajos de Grado - Pregrado en Derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/1628

GARCÌA, Irene, 2013. Arbitraje de inversión: la cláusula de la nación más favorecida en derechos adjetivos, México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, No. 666. ISBN. 9786070242328.

GARCÍA, Laura, 2019, La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión, Anuario Colombiano de Derecho Internacional, v.12, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, p.p. 85-120. DOI: https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7569. Disponible en: https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/7569

GARCÍA, Santiago. 2011 “¿Por qué los acuerdos internacionales de inversiones limitan los procesos de transformación productiva en países en desarrollo? Algunas respuestas desde la experiencia de los países andinos con la Unión Europea" Papeles de Europa, no. 22. Disponible en: http://dx.doi.org/10.5209/rev_PADE.2011.v22.7.

GARAVITO, Aarón, GAITÁN, Celina, SANDOVAL, Diego, MARTINEZ, Adrián, 2014. Evolución y perspectivas de la inversión extranjera directa en Colombia, Banco de la República.

GAVIRIA L, Enrique, 1998. Derecho Internacional público, Editorial Temis, Bogotá.

GIRALDO, Francisco, 2006. Antecedentes y posibles ventajas y desventajas del Tratado de Libre Comercio – TLC para un país como Colombia, Revista Apuntes CENES, Vol. 26, No. 42 julio – diciembre, p.p. 85 – 110, ISSN. 0120-3053.

GÓMEZ, Hernando José, 2004. El TLC: una agenda compleja. Revista Escuela de Administración de Negocios, No. 51, p.p. 7-15. ISSN: 0120-8160. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=206/20605102

GÓMEZ, Rubén, 2012. Gestión de políticas públicas: aspectos operativos. Revista Facultad Nacional de Salúd Pública 30, No. 2 (2012). Medellín, Colombia. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=12023918011

GRANATO, Leonardo, ODDONE, Carlos Nahuel, 2007. La protección internacional del inversor extranjero a través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión, Tendencia, Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño, Vol. VII, No. 2, segundo semestre 2007, p.p. 43 – 66.

GRANATO, Leonardo, ODDONE, Carlos Nahuel, 2012. Derecho internacional, ¿protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?, Revista Universidad EAFIT, Vol.43, No. 148, p.p. 25-41. Disponible en: https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/revista-universidad-eafit/article/view/687

GUTIÉRREZ HACES, María Teresa, SÁNCHEZ QUINTERO, Adelina, 2016. Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera. *Análisis de actualidad*. Norteamérica: Editorial: UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte, número 2, páginas 116 a 134, DOI:10.20999/nam.2016.b005.

HERNÁNDEZ, Gerardo, 2010. La inversión extranjera y las negociaciones internacionales. Bogotá, Colombia.

JOHNSON, Lise; SACHS, Lisa; Güven, COLEMAN, Jesse, 2018. Costos y Beneficios de los tratados de Inversión. Columbia Center on Sustainible Invesment. New York, Estados Unidos de América. Disponible en: http://ccsi.columbia.edu/files/2018/04/1618-CCSI-IIA-investor-treaty-policy-briefing-ESP-04-mr.pdf

JUNNGAM, Nartnirun, 2018. The Full Protection and Security Standard in International Investment Law: What and Who is Investment Fully[?] Protected and Secured From?, American University Business Law Review. Washington D.C. Vol. 7, No. 1 (2018).

KRUGMAN, Paul, 1994. Inestabilidad de la tasa de cambio, Editorial Norma, Bogotá, p.p. 12-139. ISBN. 9580414807.

KUNDMÜLLER Caminiti, Franz, 2009. Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el interés público, Revista de Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14028

KUNDMÚLLER, Franz, RUBIO, Roger, 2006. El arbitraje del CIADI y el derecho internacional de las inversiones: un nuevo horizonte, Revista Lima Arbitration, No. 1

LINARES, Alejandro, 2020. Esquemas de arbitraje internacional de inversión. Tirant lo Blanch, Bogotá D.C., p.60. ISBN. 978-84-1355-109-8.

LIZARAZO R, Liliana, 1997. Acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión (APPI) en la inversión extranjera en Colombia: régimen jurídico y análisis económico. Universidad Sergio Arboleda, Editor: Philippe De Lombaerde, Bogotá. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/259827732_Acuerdos_bilaterales_de_promocion_y_proteccion_a_la_inversion_APPI

MAMAANI, W. A., 2012. La dinámica de los acuerdos internacionales de inversión en los andinos. Disponible en: https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S187046541371050X?token=96E439E8B1B57D628C81C5111B2AB8D0AA669EA580BEE5EC3C4A6516D02A7B9447F71C78528ADD082A9B4AC50D601D6D&originRegion=us-east-1&originCreation=20210503011815

MANTILLA Blanco, Sebastián, 2020. Acuerdos de inversión extranjera: un tema actual para Colombia, Revista Ámbito Jurídico No. 531, Legis, Bogotá, p.p. 14-15. Disponible en: https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/comercio-exterior-y-aduanero/acuerdos-de-inversion-extranjera-un-tema

MÁRQUEZ, Carlos, 2008. Expropiación mediante regulación: inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración, Int.Law: Rev. Colomb, Derecho Int., Bogotá, Colombia, No. 11, ISSN: 1692-8156.

MÁRQUEZ, Carlos, VILLEGAS, Lorenzo, 2009. Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho, Bogotá – Colombia, p.p. 155-180, ISSN: 1692-8156. Disponible en: https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13855

Mc NAIR, Arnold, 1986. *Law of Treaties.* Oxford University Press, ISBN.9780198251521.

MEJÌA, Luis Fernando, 2020. Evolución y retos en materia de IED en Colombia, FEDESARROLLO. Disponible en: http://dams.fedesarrollo.org.co/tendenciaeconomica/publicaciones/210-octubre/

MEJÍA, R, A, Joaquín, 2009. Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista CEJIL – Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano, Año IV, No. 5, diciembre 2009. p.p. 1-12. Disponible en: https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/RevistaNro5_completa_0.pdf

MIRANDA Ampuero, Ana A, 2007. Trato nacional, trato de la nación más favorecida, nivel mínimo de trato y expropiación en los acuerdos internacionales de inversión, publicación digital, XXXIV curso derecho internacional. Disponible en: https://search.oas.org/en/pages/default.aspx?k=Miranda%20Ampuero%20ana

MONARDES V, Rodrigo, 2009. Las cláusulas paraguas internacionales de inversiones, Universidad de Chile – Facultad de Derecho, Santiago de Chile. Disponible en: http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/110985

MORALES, Dunker, 2007. Arbitraje Internacional de Inversiones: Conflictos en la Aplicación de Cláusulas Paraguas. 2007. disponible en: https://www.researchgate.net/publication/321897700_Arbitraje_Internacional_de_Inversiones_Conflictos_en_la_Aplicacion_de_Clausulas_Paraguas

MORANDÉ, Felipe, 2016. A casi tres décadas del Consenso de Washington ¿Cuál es su legado en América Latina?, Estudios Internacionales, Vol. 48, No. 185, Santiago de Chile. ISSN. 0719-3769. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000300003

MONROY, Marco, 2008. Anuario Colombiano de Derecho Internacional - ACDI. El Derecho Internacional como fuente del Derecho Constitucional.

MONROY, María Clemencia, 2015. La cláusula de la nación más favorecida en los tratados bilaterales de inversión vigentes para Colombia y sus efectos de acuerdo con

los laudos arbitrales del CIADI, Universidad de los Andes: Revista de derecho público, No. 35. ISSN. 1909-7778, Disponible en: https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub546.pdf

MOROSINI, Fabio, XAVIER, Ely, 2015. Estándar del trato justo y equitativo, Revista Direito das Relacoes Sociais e Trabalhistas, Janeiro, Vol.1, No.1,

MÜLLER Rueda, Katherine, 2021. Controversias en la relación inversionistas y derechos humanos en Latinoamérica: el principio de proporcionalidad como una solución desde el derecho internacional de inversiones. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: https://bdigital.uexternado.edu.co/handle/001/4439

MUÑOZ, Santiago, 2004. Tratado de derecho administrativo y derecho público general, España, Tomo I, Editorial Civitas.

NACIONES UNIDAS, 2009. *La Comisión de Derecho Internacional y su Obra*. Naciones Unidas. New York.

NASSAR Guier, Edgar, 1994. La garantía internacional de inversiones. Relaciones internacionales, Costa Rica, vol. 48, No. 2, p.p. 41 – 47. Disponible en: https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/ri/article/view/7869/8820

NIXON, Roy, 2004. Transparency obligations in international investment agreements. Australia. Disponible en: https://treasury.gov.au/sites/default/files/2019-03/International_investment_agreements.pdf

NOVAK. Talavera, 2013. Los criterios para la interpretación de los tratados. THEMIS Revista De Derecho, (63).

OCAMPO, José Antonio, 2005. Más allá del Consenso de Washington: una agenda de desarrollo para América Latina, CEPAL – Naciones Unidas, México D.F., p.p. 5-31. ISSN. 92-1-322650-0. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4945/1/S050152_es.pdf

OCDE, 2002. Regulatory Policies in OECD Countryes from interventionism to regulatory governance, Paris, France. ISBN 92-64-19893-8. Disponible en: http://regulatoryreform.com/wp-content/uploads/2015/02/OECD-Regulatory-Policies-in-OECD-Countries-2002.pdf

OCDE, 2010. Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y sobre el patrimonio, Instituto de Estudios Fiscales, Paris, ISBN. 978-92-64-08948-8. Disponible en: https://www.globbal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf

OMMER, Christian G, 2013. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos, Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI, Bogotá, Vol.6, pp 95-130. ISSN: 2027-1131/ISSNe: 2145-4493.

OYARZUN De Laiglesia, Javier, 1993. Gatt, neoproteccionismo y Ronda de Uruguay, Cuadernos de Relaciones Laborales, Editorial Complutense, Madrid, No. 2.

PALAU, Nicolás, TRUJILLO, Samuel, 2017. El nuevo AII Modelo de Colombia: una herramienta necesaria para re-balancear el sistema arbitral de inversiones. Blog de la Academia Colombiana de Derecho Internacional ACCOLDI. Disponible en: https://debateglobal.wordpress.com/2017/09/01/el-nuevo-aii-modelo-de-colombia-una-herramienta-necesaria-para-re-balancear-el-sistema-arbitral-de-inversiones/

PALOMAR, Antonio, 2007. La protección de las inversiones extranjeras en conflictos armados y situaciones de emergencia, Agenda Internacional, Año XIII, No. 24, p.p. 302-303.

PANTOJA, Carlos, 2018. Trabajos preparatorios e interpretación de tratados. Revistas de Ciencias Jurídicas, N°. 144, Costa Ricas San José, p.p. 144-179. Disponible en: https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/32192

PETERSON, Luke, 2009. Derechos humanos y tratados bilaterales de inversión, panorama del papel de la legislación de derechos humanos en el arbitraje entre

inversores y Estado, Derecho y Democracia, Montreal, Quebec. 14. ISBN. 978-2-923539-33-1. Disponible en: https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/media/documents/derechos-humanos-tratados-bilaterales-de-inversion-peterson-2009.pdf

PIERCY, Alejandro, TELLINI, Avellina, 2012. Criterios para la determinación de indemnizaciones por violación a los estándares mínimos de tratamiento de inversiones en casos de arbitraje de inversión internacional, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho. Disponible en: https://iij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/10/Criterios-para-la-Determinaci%C3%B3n-de-Indemnizaciones-por-Violaci%C3%B3n-a-Est%C3%A1ndares-M%C3%ADnimos-de-Tratamiento-de-Inversiones-en-Casos-de-Arbitraje-de-Inversi%C3%B3n-Internacional.pdf

PINZÓN, Enrique, 2013. Cuáles han sido los beneficios del tratado de libre comercio entre Colombia y México G2. Bogotá, Colombia. Disponible en: https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/ceye/article/download/246/210/
Enrique Pinzón Alvarez

POHL Joachim, 2018. "Costos y beneficios para la sociedad de los acuerdos internacionales de inversión Análisis crítico de ciertos aspectos y de los datos empíricos disponibles", OECD Working Papers on International Investment, Paris. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1787/18151957

POLANCO, Rodrigo, YAÑEZ, Felipe, 2016. La relación entre tratados de inversión y convenios de doble tributación: el caso chileno, Cuaderno CRH, Salvador, V.29, n.SPE 03, p.p. 151-170. Disponible en: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-49792016000600151&script=sci_arttext

PONTÓN Serra, J. P. & PRIETO, E, 2021. Acuerdos internacionales de inversión: Compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control de constitucionalidad. *Estudios Socio-Jurídicos*, 23(1), p.p. 1–28, doi:10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9593.

POSADA Lopez, Sofia, 2007. La cláusula de expropiación indirecta como mecanismo de la protección de la inversión extranjera. – Su incorporación en el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos. Disponible en: https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/9684/u295890.pdf

PRIETO, G, 2012. Evolución del Derecho internacional de inversiones: hacia un régimen global estable, FORO Revista de Derecho, No. 17, UASB. Quito, Ecuador,

PUENTE MUÑOZ, Teresa, 1965. *La cláusula de nación más favorecida*. Castellón de la Plana: Imprenta de la Exema.

QUESADA-RODRÍGUEZ, Ó, 2018. *Arbitraje internacional Estado-Inversionista: Estándares de revisión, margen de apreciación, derecho y orden públicos*. Acta Académica. No. 62.

RAMELLI, Alejandro, 2007. Control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Colombia, Revista Derecho del Estado N.º 20, diciembre 2007. Disponible en: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/701/663

RAMIREZ, Carlos, 2011. Marco jurídico de la inversión extranjera en Colombia. Saber, Ciencia y Libertad. Cartagena. Disponible en: https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1770

REQUENA, Millán, 2012. La solución de controversias en los modelos APPRI: Cláusulas tradicionales y nuevas tendencias, Revista electrónica de estudios internacionales, No. 24, p.p. 1 – 35.

REY, Pablo, 2007. El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización. Revista de Derecho Privado, (38), 3-23. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033186001

RIQUELME, Carlos, 2015. La cláusula de transferencia de fondos en los tratados internacionales de inversión de Chile, Revista latinoamericana de Derecho Comercial

Internacional /Latino American Journal of International Trade Law, No. 1, Vol. 3, Universidad Nacional Autónoma de México, México. ISSN: 2001-7440.

RISSO, Guido, 2014. Los Derechos Humanos vs. el CIADI. ¿Son los derechos humanos un límite en materia de arbitraje? Sistema Argentino de Información Jurídica. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/guido-risso-derechos-humanos-vs-ciadi-son-derechos-humanos-limite-materia-arbitraje-dacf140235-2014-05-12/123456789-0abc-defg5320-41fcanirtcod.

RODAS, Mauricio, 2003. Cláusulas ambientales y de inversión extranjera directa en los tratados de libre comercio suscritos por México y Chile, Naciones Unidas – CEPAL, Santiago de Chile, p.p. 15-19. ISSN. 92-1-322315-3. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5777/S0312934_es.pdf?sequence=1

ROJAS AMANDI, Víctor, 2000. "La interpretación del derecho de la Unión Europea". Revista de Derecho de la Unión Europea, n." 4 -1." semestre 2000.

RODRIGUEZ, Cesar, RODRÍGUEZ, Diana, 2007. ¿Es constitucional el TLC?, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – DeJusticia, Bogotá, p.p. 1 – 16. Disponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2008/08/Es-constitucional-el-TLC.pdf

RODRIGUEZ, María y Rodriguez, Juana, 2007. Acuerdos bilaterales para la protección de inversión extrajera en países subdesarrollados – caso colombiano. Bogotá D.C., p. 65 Disponible en: https://biblos.javeriana.edu.co/uhtbin/cgisirsi/?ps=wDYTmMsdQj/B-GENERAL/90840183/9

SACO, Víctor, TORRES, Pamela, 2018. ¿Cómo vivir sin acuerdos internacionales de inversión? propuestas para un derecho interno atractivo a la inversión extranjera y la prevención de conflictos, Agenda Internacional, año xxv, No.36, p.p. 217-233, ISSN. 1027-6750.

SERVÁN, Nicolás, 2020. Armonizando tensiones: la necesidad de transparencia en el arbitraje sin destruir la confidencialidad, Universidad del Pacífico, Revista de Derecho, Vol. 8, Num.12. Disponible en: https://revistas.up.edu.pe/index.php/forseti/article/download/1354/1470?inline=1

SORNARAJAH, M, 2010. The international law on foreign investment, 3 ed, New York: Cambridge University Press. Doi: https://doi.org/10.1017/CBO9780511617027

SORTO, Rudy, 2013. Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales, San José, Costa Rica. Disponible en: http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1809/1/35214.pdf

STANLEY, Leonardo E, 2004. Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente. Naciones Unidas - CEPAL, Red de inversiones y estrategias empresariales. Santiago de Chile, p.p. 158-159. ISBN: 92-1-92-1-322576-8. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/4550-acuerdos-bilaterales-inversion-demandas-tribunales-internacionales-la-experiencia

SCHWARZENBERGER, G. 1945. *The Most Favoured Nation Standard in British State Practice*. British Yearbook of International Law 22.

SHIMA, Yuri, 2015. "The Policy Landscape for International Investment by Government-controlled Investors: A Fact Finding Survey", OECD Working Papers on International Investment, No. 2015/01. OECD Publishing, Paris.

SORTO, Rudy, 2013. Los principios de Trato Nacional, Trato Justo y Equitativo y Nivel Mínimo de Trato, a la luz de la jurisprudencia de diversos paneles arbitrales internacionales, San José, Costa Rica. Disponible en: http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/1809/1/35214.pdf

SUÁREZ, Leyre, 2012. La cláusula paraguas bajo el derecho de las inversiones como mecanismo de integración y generación de un derecho administrativo global. Universidad San Francisco de Quito, Quito. Disponible en: https://docplayer.es/90882599-La-clausula-paraguas-bajo-el-derecho-de-las-inversiones-como-mecanismo-de-integracion-y-generacion-de-un-derecho-administrativo-global.html

SUBEDI, Surya, 2008. International Investment Law: reconciling policy and principle, Oxford: Hard Publishing.ç

TALAVERA, Novak, 2013. Los principios generales del derecho la buena fe y el abuso del derecho. Recuperado a partir de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6302416.pdf

TAMBURINI, F, 2002. HISTORIA Y DESTINO DE LA "DOCTRINA CALVO": ¿ACTUALIDAD U OBSOLESCENCIA DEL PENSAMIENTO DE CARLOS CALVO?. Revista de estudios histórico-jurídicos, (24), 81-101. Valparaiso, Chile. Disponible en: https://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005

UNCTAD, 2009. El papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de la inversión extranjera directa hacía los países en desarrollo, Naciones Unidas, New York y Ginebra. ISBN. 978-92-1-312360-7. Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/diaeia20095_sp.pdf

UNCTAD, 2012. Fair and equitable treatment, Organización de Naciones Unidas, New York and Geneve. ISBN 978-92-1-112827-7. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

UNCTAD, 2015. Guía de acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible, Naciones Unidas, Ginebra. Disponible en: https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf

UNCTAD, 2020. Informe sobre las inversiones en el mundo 2020, la producción internacional después de la pandemia, mensajes clase y panorama general. Naciones Unidas, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, Ginebra. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2020_overview_es.pdf

URSÚA, José Francisco, 2004. Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos. *Isonomía*, (20), 255-275.

VAN DEN BERGHE, Edgar, 2014. Tratados de libre comercio, retos y oportunidades, Ecoe ediciones, Bogotá, p.p. 4. ISSN. 9789587710786. Disponible en: https://www.ecoeediciones.com/wp-content/uploads/2015/08/Tratadosde-libre-comercio-1ra-edici%C3%B3n.pdf

VARELA. QUIRÓS, Luis, 1996. Las Fuentes del Derecho Internacional Público. TEMIS.

VARGAS, Cídar, 2007. Análisis de las políticas públicas. Perspectivas, Cochabamba Bolivia, p.p. 127-136. Disponible en: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=425942453011

VILLAGRA CAYAMANA, Renée, VILLAGRA CAYAMANA, Jorge Antonio, 2013. *Cláusula de nación más favorecida en los CDI: herramienta para la potencial disminución de las retenciones del impuesto a la renta aplicables a Chile y Canadá*. Contabilidad y negocios. p.p.15-32. Disponible en: http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/contabilidadyNegocios/article/viewFile/6764/6887

XAVIER, Ely, COSTA, José, 2018. A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e solucoes possiveis, Universidad de Sao Paulo, Sao Paulo, p.p. 24-54.

Referencias Documentales

Jurisprudencia Nacional

Jurisprudencia Corte Constitucional

Sentencia C – 277 de 1993

Sentencia C – 153 de 1994

Sentencia C – 178 de 1995.

Sentencia C – 358 de 1996.

Sentencia C – 1058 de 2003

Sentencia C – 031 de 2009

Sentencia C – 446 de 2009

Sentencia C – 123 de 2012

Sentencia C – 157 de 2016.

Sentencia C – 184 de 2016

Otros Documentos

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/Investment-Treaties.aspx

CEPAL, 2010. Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento), Naciones Unidas, Santiago de Chile. Disponible en: https://www.bivica.org/files/tratados-proteccion.pdf

CIADI, 2002. Laudo arbitral caso ARB (AF)/99/1, Marvin Feldman c/ Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C175/DC587_Sp.pdf

CIADI, 2000. Laudo arbitral caso ARB (AF)/99/1, Marvin Feldman c/ Estados Unidos Mexicanos, p.80. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C175/DC587_Sp.pdf

CIADI, 2000. Laudo arbitral caso ARB (AF)/99/1, Marvin Feldman c/ Estados Unidos Mexicanos, p.100. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C175/DC587_Sp.pdf

CIADI, 2007. Laudo arbitral caso ARB (AF) 04/05, Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc c/ Estados Unidos Mexicanos. Disponibles en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C43/DC782_Sp.pdf

CIADI, 2009. Laudo arbitral caso ARB (AF)/05/2, Cargill Incorpored c/ Estados Unidos Mexicanos. p.p. 56-66. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C60/DC1992_Sp.pdf

CIADI, 2000. Laudo arbitral del 13 de noviembre de 2000, en el caso ARB/97/7. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC566_Sp.pdf

CIADI, 2004. Laudo arbitral caso No. ARB/02/8 del 3 de agosto de 2004. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C7/DC508_Sp.pdf

CIADI, 2003. Caso No. ARB (AF)/00/2, TECMED contra los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C3785/DC4872_Sp.pdf

CIADI, 2004. Caso No. ARB/02/13, Salini Costruttori contra Jordania: Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C218/DC635_En.pdf

CIADI, 2015. Caso No. ARB/11/25 del 10 de marzo de 2015, Demandante: OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1800/DC5643_Sp.pdf

CIADI, 2015. Caso No. ARB/11/25 del 10 de marzo de 2015, Demandante: OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1800/DC5643_Sp.pdf

CIADI, 2007. Siempra Enegy Innternational c. La República Argentina, laudo arbitral, caso n° ARB/02/16, septiembre 28, 2007, par. 283.

CIADI, 2002. Marvin Feldman c. México, laudo arbitral, caso n° ARB(AF)/99/1 diciembre 16, 2002, par. 112

CIADI, 1999. Robert Azinian y Otros c. los Estados Unidos Mexicanos, caso n° ARB(AF)/97/2 Laudo Arbitral del 1º de noviembre de 1999, par. 83.

CIADI, 2004. MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Award, case n° ARB/01/7 May 25, 2004, par. 109

CIADI, 2005. Caso No. ARB/01/08, Demandante: CMS Gas Transmission Company, Demandado: República Argentina. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C4/DC504_Sp.pdf

CIADI, 2005.Caso No. ARB/01/08, *Op. Cit.*

CIADI, 2000. Laudo arbitral, caso No. ARB (AF) 97/1, Demandante: Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1473/Metalclad_Laudo_esp.pdf

CIADI, 2000. Laudo arbitral del 30 de agosto de 2000, caso No. ARB (AF) 97/1, Demandante: Metalclad Corporation contra los Estados Unidos Mexicanos: Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/1473/Metalclad_Laudo_esp.pdf

CIADI, 2006. Caso ARB/01/12 del 14 de julio de 2006, Demandante: Azurix Corp, Demandada: República Argentina. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5/DC507_Sp.pdf

CIADI, 2010. Murphy Exploration and Production Company International vs. República del Ecuador, Caso CIADI n.° ARB/08/4. Decisión sobre jurisdicción.

CIADI. 2010. Caso Mobil Corporation et al. vs. Venezuela pp. 34. Parrafo 124: "The Parties further seek to interpret the Investment Law in the context of Venezuela's Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1338-el-derecho-al-desarrollo-y-el-nuevo-orden-mundial .

CIADI, 2004. MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, Award, case n° ARB/01/7 May 25, 2004, par. 109. Washington. Disponible en: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-mtd-equity-sdn-bhd-and-mtd-chile-s-a-v-chile-award-tuesday-25th-may-2004

CIADI, 2016. Detalles del caso Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia (Caso CIADI No. ARB/16/41). Washington. p.p 1-13. Disponible en: https://pop-umbrella.s3.amazonaws.com/uploads/3ef48519-4e92-4685-a7e9-950209b110d5_Caso%20Eco%20Oro%20vs%20Colombia.pdf?key=

CIADI, 2000. Caso No. ARB(AF)/97/1, Metalclad Corporation vs los Estados Unidos Mexicanos. Laudo 30 de agosto de 2000. Párrafo 103. Washington Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0511.pdf

CIADI, 2006. Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, Washington D.C., EE.UU.. Disponible en: CRR_Spanish_CRA.qxd (worldbank.org)

CIADI, 2006. *Convenio CIADI, reglamento y reglas*. Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversiones.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, 1999. Segundo informe sobre la responsabilidad internacional por las consecuencias perjudiciales de actos no prohibidos por el Derecho Internacional, 51º período de sesiones, ONU, Ginebra, A/CN.4/501.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL, 2019. La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe (LC/PUB.2019/16P), Santiago, p.11. ISBN. 978-92-1-122022-3. Disponible en: https://www.cepal.org/es/publicaciones/44697-la-inversion-extranjera-directa-america-latina-caribe-2019

COMISIÓN EUROPEA, 2021. *Preguntas frecuentes sobre el Reglamento (UE) 2019/452, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión*.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, que tuvo lugar en La Habana, Cuba, del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2020. Estrategia de respuesta inicial ante los efectos de la pandemia del COVID 19 sobre la salud pública, los hogares, el aparato productivo y las finanzas públicas. Bogotá, p.p. 3-163. Disponible en: https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3999.pdf

EUROPEA, C, 2020. COMUNICACIONES PROCEDENTES DE LAS INSTITUCIONES, ÓRGANOS Y ORGANISMOS DE LA UNIÓN EUROPEA (2020/C 991/01). *Diario Oficial de la Unión Europea*, *Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre*

circulación de capitales de terceros países, *así como la protección de los activos estratégicos de Europa*, *antes de la aplicación del Reglamento*, p.p. 1–5.

IUSCT, 1989. Emmanuel Too v. Greater Modesto Insurance Associates and the United States of America, Laudo de diciembre 29 de 1989

ICEX, Gobierno de España, Ministerio de Industria Comercio y Turismo, Invest In Spain, & Garrigues, 2020. *Guía de Negocios en España*, p.p. 1–23.

NACIONES UNIDAS, 2008. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de desarrollo, Nueva York y Ginebra, p.p. 7-14, ISSN. 1819-9240. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

NACIONES UNIDAS & CEPAL, 2010. Acuerdos internacionales de inversión, sustentabilidad de inversiones de infraestructura y medidas regulatorias y contractuales.

OECD, 2011. OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa: Cuarta edición, OECD Publishing, Paris. Disponible en: https://doi.org/10.1787/9789264094475-es.

ORGANIZATION, W. T. (s/f). *AGCS - REALIDAD Y FICCIÓN*. Recuperado el 22 de agosto de 2022, p.3. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsfacts1004_s.pdf .

UNCTAD, 2006. Análisis de la política de inversión Colombia, Naciones Unidad, Ginebra, julio de 2006, p.p. 21-34. ISBN. 92-1-312333-7. Disponible en: https://unctad.org/es/docs/iteipc200511_sp.pdf

UNCTAD, 2008. Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir, Naciones Unidas, Ginebra, p.p. 1-65. ISSN. 1819-9240. Disponible en: https://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf

UNCTAD. Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo el papel de los acuerdos internacionales de inversión en la atracción de inversión extranjera directa

hacia los países en desarrollo. Nueva york y Ginebra, 2009. Disponible en: https://unctad.org/es/system/files/official-document/diaeia20095_sp.pdf

UNCTAD, 2021. Informe sobre las inversiones en el mundo 2021, Invertir en la recuperación sostenible. 2021. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_overview_es.pdf

UNCTAD, 2021. La inversión extranjera directa mundial se recuperó fuertemente en 2021, pero la recuperación es muy desigual. Disponible en: https://unctad.org/es/news/la-inversion-extranjera-directa-mundial-se-recupero-fuertemente-en-2021-pero-la-recuperacion