

**EL FENÓMENO DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LA
INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA FRENTE A LOS ACUERDOS
DE INVERSIÓN**

SARA MARÍA BAQUERO MONTOYA

ERIKA MENA RAMÍREZ

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2008

**EL FENÓMENO DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LA
INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA FRENTE A LOS ACUERDOS
DE INVERSIÓN**

SARA MARÍA BAQUERO MONTOYA

ERIKA MENA RAMÍREZ

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADAS

ASESOR

JOSÉ ALBERTO TORO

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2008

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
1. ANÁLISIS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL MUNDO Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA	
1.1 EL ORDEN POLÍTICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA.....	10
1.1.2 ESTADO GENERAL DE COSAS PRE SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.....	10
1.1.3 ESTADO GENERAL DE COSAS POS SEGUNDA GUERRA MUNDIAL.....	11
1.1.4 IMPLEMENTACIÓN DEL ESTADO DE BIENESTAR.....	13
1.1.5 GUERRA FRÍA.....	15
1.1.6 DE UN ESTADO DE BIENESTAR A UN ESTADO NEOLIBERAL DESREGULARIZADO.....	15
1.2 EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	18
1.3 AGENCIAS DE PROMOCIÓN DE INVERSIÓN	20

1.4	INVERSIÓN EXTRANJERA EN COLOMBIA.....	21
1.4.1	ANTECEDENTES.....	22
1.4.2	RÉGIMEN ACTUAL.....	22
1.5	DEFINICIÓN INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED).....	22
1.6	DEFINICIÓN INVERSIÓN EXTRANJERA DE PORTAFOLIO.....	23
1.7	PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE IED.....	24
1.7.1	IGUALDAD EN EL TRATO.....	24
1.7.2	UNIVERSALIDAD.....	24
1.7.3	AUTOMATICIDAD.....	25
1.7.4	ESTABILIDAD.....	25
1.8	REGISTRO DE LA IED.....	25
1.9	DERECHO DE PROPIEDAD – EXPROPIACIÓN DIRECTA.....	26
1.10	CONVENIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LA IED.....	26
1.10.1	CORPORACIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS EN EL EXTRANJERO. OPIC.....	26
1.10.2	AGENCIA MULTILATERAL DE GARANTÍA DE	

INVERSIONES. MIGA.....	27
1.10.3 CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A LAS INVERSIONES. CIADI.....	28
1.10.4 CORPORACIÓN ANDINA DE FOMENTO. CAF.....	29
1.11 OTROS ASPECTOS.....	30
1.11.1 TRIBUNAL DE ARBITRAJE.....	30
1.12 TENDENCIA MUNDIAL EN LA REGULACIÓN DE LAS IED.....	32
2. EXPROPIACIONES	
2.1 ORIGEN DE SU REGULACIÓN.....	33
2.2 EXPROPIACIÓN DIRECTA.....	36
2.2.1 CRITERIO DE INDEMNIZACIÓN.....	38
2.3 RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPROPIACIONES.....	39
2.4 LOS RIESGOS DE EXPROPIACIÓN QUE CORRE UNA INVERSIÓN	40
2.5 INFLUENCIAS DEL TIPO DE RÉGIMEN EN QUE HAYA EXPROPIACIÓN.....	45
2.6 EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	48
2.6.1 REGULACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN	

INDIRECTA EN EL DERECHO INTERNAIONAL.....	55
2.6.2 EVOLUCIÓN DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	57
2.7 RELACIÓN DEL CIADI CON LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	61
2.7.1 DEFINICIÓN DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA SEGÚN LAS DECISIONES ARBITRALES DEL CIADI.....	62
2.7.2 ALGUNOS ACTOS QUE NO CONSTITUYEN EXPROPIACIÓN.....	63
2.8 CONCLUSIONES	
3. ARBITRAJE INTERNACIONAL	
3.1 EL ARBITRAJE EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA.....	69
3.2 EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN	71
3.2.1 PROTECCIÓN POR MEDIO DE TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.....	72
• LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSAS EN LOS TBI.....	73
3.3 EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE	

DIFERENCIAS RELATIVAS A LA INVERSIÓN. CIADI....	78
3.3.1 JURISDICCIÓN DEL CIADI.....	80
3.3.2 FUNCIONAMIENTO DEL CIADI.....	81
3.3.3 EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LAUDOS ARBITRALES DEL CIADI.....	87
3.4 CRÍTICAS AL MECANISMO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	87
3.5 ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EXPROPIACIÓN INDIRECTA.....	89
3.6 CONCLUSIONES	
4. CONCLUSIONES.....	93
BIBLIOGRAFÍA.....	99

INTRODUCCIÓN

En esta monografía se pretende realizar un análisis sobre el fenómeno de la Expropiación Indirecta en la Inversión Extranjera Directa (IED) frente a los acuerdos de inversión, tales como los Tratados de Libre Comercio (TLC) y los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

El análisis de este fenómeno resulta importante hoy, pues el advenimiento de la Globalización ha hecho necesario que los Estados creen y dirijan políticas económicas para abrir sus fronteras y así atraer la inversión extranjera.

Participar en el mercado global de bienes y servicios es uno de los principales objetivos económicos de los Estados pues así obtendrán mayor capacidad productiva para generar un mayor crecimiento y empleo con los recursos provenientes de la IED.

Es necesario, desde esta perspectiva, que los Estados cedan parte de su soberanía en la búsqueda de atracción de capital foráneo, ya que para promoverla, deben tratar de eliminar los obstáculos que puedan desestimularla. Para esto se requieren estructuras económicas flexibles, que permitan por ejemplo, una mayor facilidad en la creación y modificación de normatividades. Sin embargo, esta cesión de soberanía implica necesariamente que los Estados receptores de la IED, pierdan autonomía para desarrollar políticas locales propias, en tanto que el riesgo de chocar con los intereses de las sociedades transnacionales.

Los cambios ocasionados por la globalización en el comportamiento de las economías, ha permitido la consolidación de estructuras y procedimientos

jurídicos propios de economías globales, tales como las legislaciones producidas por organismos multilaterales, interdependientes y descentralizados. Es en este punto donde surgen los acuerdos y tratados bilaterales o multilaterales.

En este orden de ideas, en la medida en que crece la interdependencia financiera, comercial e industrial entre estados, se hace necesaria la creación de tratados para regular estos vínculos. Es así como cobran mayor importancia y complican la creación de normas generales y abstractas de cada Estado.

Con este trabajo se busca mostrar que aunque si bien los Estados conocen su necesidad de ceder soberanía, no por esto se han quedado pasivos ante las frecuentes presiones a las que son constantemente sometidos por las empresas extranjeras y es así, como han encontrado en el mecanismo de la “Expropiación Indirecta”, un medio de defensa para proteger el interés público.

Esta problemática será desarrollada de la siguiente forma: en primer lugar, se hará referencia acerca de los orígenes de la IED, su evolución y se precisará su naturaleza jurídica, atendiendo a la regulación nacional en la materia.

En segundo lugar, se analizará la protección a las IED por medio de tratados internacionales que generan una protección recíproca entre los inversionistas de un grupo delimitado de Estados. En particular, el fenómeno de la expropiación indirecta como un espacio en el que se puede generar un riesgo para el inversionista.

Por último, en el tercer acápite se explicará cómo el arbitraje internacional se ha convertido en una herramienta para proteger a los inversionistas de las expropiaciones indirectas, en la medida que permite reparar el daño que causa el Estado al inversionista y además, brinda una pronta decisión a la divergencia que se busca dirimir.

1. ANÁLISIS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN EL MUNDO Y SU REGULACIÓN EN COLOMBIA

1.1 EL ORDEN POLÍTICO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

A continuación se hará un recuento histórico sobre el origen de la *globalización económica* y del orden político que rodeaba a las IED, concretamente la inversión extranjera americana, en el periodo comprendido entre la Primera y Segunda Guerra Mundial. Los eventos ocurridos durante este tiempo moldearon las bases de lo que sería el mandato estadounidense al momento de terminar la Segunda Guerra¹.

1.1.2 Estado general de cosas pre Segunda Guerra Mundial. Durante el siglo XIX y hasta mediados del siglo XX el mundo occidental estaba caracterizado por las estructuras coloniales que países como la Gran Bretaña y Francia tenían en África y Asia. No existían medios de financiación flexibles ni herramientas para controlar los flujos monetarios. La economía para ese entonces se reducía a la transformación de materias primas y estaba soportada en el patrón oro. No importaba su comportamiento pues el poder adquisitivo estaba dado por las reservas que tenía la banca central en oro.

Al inicio del siglo XX Estados Unidos comenzó a mostrar sus pretensiones hegemónicas y a promover el liberalismo económico. Sin embargo, para 1929

¹ Ver LEVINSON, J.I. En: "Legal Aspects of Foreign Direct Investment". Documento: THE POLITICAL ORDER OF AMERICAN INVESTMENT. American University Washington College of Law 1999. Página 100 y siguientes.

enfrentó una grave crisis - conocida como la “Depresión de 1929” – en la que evidenció la inflexibilidad que tenía el oro. Se tenía una gran confianza en el tamaño de la economía pero ésta no pudo controlar toda la sobreproducción de bienes que había en el mercado.

Estados Unidos ingresó como actor a finales de la Segunda Guerra Mundial interviniendo a favor de Asia del Pacífico. Lucharon contra los japoneses que querían apropiarse de las materias primas de estas tierras. A su vez, el país del norte se convirtió en un gran abastecedor de arsenal y ello permitió un gran crecimiento económico.

1.1.3 Estado general de cosas pos Segunda Guerra Mundial. Al terminar la Segunda Guerra Mundial Estados Unidos necesitaba nuevos planes para suplir el vacío que dejó el cese de la venta de armas y en consecuencia se alió con Gran Bretaña para comenzar a reconstruir los países que habían sufrido la guerra. Con la reconstrucción se creó el concepto de “Economía Capitalista Global” y se desarrollaron las directrices que guiarían la economía internacional, como el libre mercado y la libertad de empresa entre otras. En este sentido, se evidenció la necesidad de liberar las reglas que disciplinaban las inversiones extranjeras directas, el acceso a los mercados internos por agentes bancarios y no bancarios extranjeros, así como liberar las reglas relativas a préstamos extranjeros a empresas y bancos locales. En relación con la entrada de capitales, se debía liberar la entrada de bancos extranjeros, fondos de inversión y demás agentes financieros no bancarios².

Todos estos cambios independientes, pero articulados provocarían una amplia reconstitución del sistema financiero internacional, conduciendo a un capitalismo protagonizado por grandes bancos de inversión y bancos

² Ver FARIA, José Eduardo. En: “El Derecho de la Economía Globalizada”. Capítulo 2: El Fenómeno de la Globalización Económica: Orígenes, Implicaciones y Manifestaciones. Páginas 53, 54 y 55.

comerciales, muchas veces al margen del control directo, de la supervisión o incluso del seguimiento de la mayoría de los bancos centrales.

En 1944 el Acuerdo de Bretton Woods recogió estos lineamientos y coordinó las reglas para las relaciones comerciales y financieras entre los países más industrializados del mundo. En él se decidió la creación del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo – BIRD hoy conocido como el Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional - FMI, como organismos institucionales bases del nuevo orden posbélico.

La función substancial del BIRD, claramente diferenciada en un principio de la del FMI, era la de otorgar créditos con bajas tasas de interés a los países. No estaba vinculado específicamente a tareas en favor del desarrollo, sino que estaba orientada hacia la reconstrucción de Europa Occidental después de la Segunda Guerra Mundial, aunque su aportación neta fue mucho menor que la del Plan Marshall de Estados Unidos³. En esa época, el BIRD realizó diagnósticos bastante acertados sobre las causas del subdesarrollo, lo que condujo al giro de esta institución hacia tareas relacionadas con la problemática de los países periféricos. De tal forma que desde ese entonces y, a pesar de no haber sido diseñada para ese tipo de actuaciones, se consolidó y legitimó su existencia, como una institución financiera de los países en desarrollo.

Desde el momento de su creación, las funciones del Banco se han diversificado, dando lugar a una organización compleja que abarca cinco instituciones complementarias entre sí, que son: el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo (BIRD), la Corporación Financiera Internacional (CAF), la Asociación Internacional de Desarrollo (AID), el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relacionadas con la Inversión (CIADI) y, la Agencia Multilateral de Garantías de Inversiones (AMGI o MIGA). Sin embargo, para

³ MAESTRO YARZA, Irene. Conferencia – “Banco Mundial: Origen, Funciones, Mecanismos de Funcionamiento y Políticas de Desarrollo”. Barcelona 2001. Documento electrónico: <http://www.redem.buap.mx/acrobat/irene1.pdf>

efectos de explicar este tema, solamente se desarrollará el BIRD, el tema del CIADI se abarcará en el tercer capítulo.

El BIRD fue ideado en 1944 como una entidad que suministraba préstamos, sujetos al cobro de bajos intereses, a gobiernos, organismos públicos e incluso a empresas privadas, siempre y cuando existiera garantía del Estado receptor. Actualmente actúa como un verdadero intermediario financiero.

Al momento de la creación del banco, Estados Unidos seguía adquiriendo mayor protagonismo y realizó grandes aportes para tener mayor participación y capacidad decisoria en él. Promovían políticas económicas encaminadas a consolidar el Mercado de Capital Global, que permitieran la rotación de bienes y servicios y fomentaran el área industrial. Estados Unidos tenía la necesidad de crear un Mercado Global de Capitales para sostener el acelerado crecimiento que tuvo en la época de las guerras y lograr así, una rotación de productos que aumentara la economía. Así evitaban que se generara otra crisis como la del veintinueve⁴.

El país americano también tenía interés en incrementar los flujos de comercio, por eso impulsó en primer lugar, la reconstrucción de los países que eran potencias y que tenían grandes industrias. Solo los Estados miembros del BIRD podían ser contratistas y ello benefició enormemente a la población norteamericana, pues contaban con grandes recursos económicos para designarlos a la reconstrucción.

1.1.4 Implementación del Estado de Bienestar. Después de terminada la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos implementó el “Estado de Bienestar”. Nació así la seguridad social, se crearon las sociedades de consumo que contribuyeron al crecimiento económico de la clase media y el Estado norteamericano se volvió una propaganda del modelo capitalista.

⁴ Ver FARIA, José Eduardo. En: “El Derecho de la Economía Globalizada”. Ob. Cit. Páginas 55 - 60.

Esta concepción de Estado, se desarrolló extraordinariamente en el periodo comprendido desde la segunda posguerra hasta principios de la década del setenta. Bajo la administración del presidente Roosevelt, Estados Unidos hizo frente a las consecuencias de la crisis iniciada con la crisis del veintinueve mediante políticas económicas keynesianas. La lógica de estas políticas era muy sencilla: la crisis se caracterizaba por el exceso de oferta; había una cantidad considerable de mercancías sin vender, pues las personas no tenían dinero para comprarlas y, por lo tanto, se detenía la producción. La originalidad de Keynes consistió en interpretar el exceso de oferta, como una falta de demanda. Para salir de la crisis dentro de un ámbito de capitalismo, propuso estimular la demanda.

En este sentido, el Estado debía: (i) endeudarse y emprender obras públicas para poner de nuevo en marcha la actividad productiva, (ii) convertirse en empresario creando empresas públicas y, (iii) redistribuir las rentas al señalar impuestos a quienes estuvieran en mejores condiciones. Al endeudarse el Estado, esto es, al gastar en el presente y pagar en el futuro, estimularía la actividad productiva y al mismo tiempo, crearía las condiciones necesarias para hacer frente en el futuro a las deudas. De esta forma el Estado pasó de ser un *Estado de Policía*, a uno *intervencionista* en el plano económico y *asistencial* en el plano social, en el que se garantizaba un nivel de vida mínimo incluso para los más desfavorecidos⁵.

Paralelo a este cambio estructural de estado, Estados Unidos trataba de ejercer una influencia directa sobre el Reino Unido y los demás países de Europa para que aceptaran el principio de “no discriminación” a los productos extranjeros y los sistemas multilaterales y así forzar el desarrollo del libre

⁵ Ver: CAPELLA, Juan Ramón. En: “Fruta Prohibida – Una aproximación histórico - teórica al estudio del derecho y del estado”. Capítulo: “Maduración y Crisis del Proyecto Político – Jurídico Moderno. Editorial Totta 1997. Páginas 182 y siguientes.

mercado. Estos esfuerzos sin embargo, fueron abandonados en el momento en que creció la hostilidad con la Unión Soviética⁶.

1.1.5 Guerra Fría. El colapso del poder alemán en Europa y del poder japonés en Asia generó un vacío en el poder que suplió el enfrentamiento entre la Unión Soviética y Estados Unidos.

En ambos bandos se dio un gran desarrollo militar. El estado americano invirtió grandes sumas de dinero en la producción de arsenal y tecnología espacial, y ello generó un déficit en la balanza de ese Estado de Bienestar. Estados Unidos tuvo que emitir más billetes para soportar un ejército de alcance global, pero dicha emisión no estaba soportada en el oro. Se demostró la ineficiencia del modelo propuesto por el Fondo Monetario Internacional y por ello, se decidió cambiar de esquema; la tasa de intercambio internacional ya no sería definida por el oro, sino por los mercados.

Para la década del sesenta Estados Unidos ya no tenía forma de explotar el petróleo directamente, pero sí grandes multinacionales que lo distribuían a nivel mundial. La crisis del petróleo surgió precisamente en este contexto; la OPEP – Organización de Países Exportadores de Petróleo – bloqueó el comercio del crudo a los países occidentales y ello generó graves consecuencias en la economía norteamericana. Los precios del petróleo subieron y aumentó la crisis fiscal del Estado de Bienestar porque aumentaron los niveles de gastos⁷.

1.1.6 De un Estado de bienestar a un Estado neoliberal desregularizado.

Todos estos cambios condujeron a la revaluación del Estado de Bienestar. Los factores antes mencionados pusieron fin al modelo social representado por las políticas económicas keynesianas y por el estado intervencionista y asistencial.

⁶ LEVINSON, J.I. En: "Legal Aspects of Foreign Direct Investment". Documento: THE POLITICAL ORDER OF AMERICAN INVESTMENT. American University Washington College of Law 1999. Página 102

⁷ Ver: SORNARAJAH M. En: "The International Law on Foreign Investment. Publicado por el sindicato de prensa de la Universidad de Cambridge – 2004.

Se consideró que los mercados podían ser una herramienta de presión en contra de los Estados⁸.

Se cambió entonces de un *Estado de Bienestar* a uno *Neoliberal*, que buscaba básicamente la desregularización de los mercados y una menor intervención por parte del gobierno. Este desmonte no fue tan evidente en los países desarrollados, que ya eran bastante grandes, como sí lo fue en los en vía de desarrollo.

La implementación del Estado Neoliberal propició una mayor libertad en las transacciones, posibilitó la privatización del sistema financiero y aumentó la Inversión Extranjera Directa.

Desde mediados de la década de 1980, Estados de todo el mundo se comprometieron en la desregularización de los mercados y la privatización de las compañías públicas, sobretudo en sectores estratégicos y rentables como la energía, las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las finanzas. La liberalización y privatización en algunos países de América Latina abrió oportunidades de inversión. Así aumentó la productividad en las empresas privatizadas, la modernización tecnológica y, en última instancia, espoleó el crecimiento económico en general, como lo demuestran los casos de Chile en la década de 1980 y de Brasil, Argentina y Perú en la de 1990⁹.

El fenómeno de la desregularización posibilitó una mayor presencia de las economías privadas en el mundo, que es lo que se conoce como la “Empresa Global Flexible”¹⁰.

⁸ Ver: CAPELLA, Juan Ramón. Ob Cit. Páginas 182 y siguientes.

⁹ CASTELLS, Manuel. En: “La Era de la Información, Economía, Sociedad y Cultura”. Capítulo II: La economía informacional y el proceso de globalización. Editorial Alianza Editorial 1998. Páginas 116 y 117.

¹⁰ Ver FARIA, José Eduardo. Ob. Cit. Páginas 60 y siguientes.

Después de las crisis económicas del siglo XX, las empresas multinacionales hicieron énfasis en la reducción de estructuras organizativas y hasta de sus propias actividades productivas, así como racionalizaron procedimientos en la toma de decisiones.

Todas estas innovaciones desencadenaron un veloz y complejo proceso de reingeniería operativa, logística, técnica y accionaria, que llevaron a que las empresas promovieran, con intención de expansión transnacional, un sinnúmero de asociaciones de unidades productivas, hasta entonces autónomas, por medio de procesos de incorporaciones, fusiones, adquisiciones, escisiones, transferencia de activos, formación de *joint ventures* o empresas conjuntas, creación de *holdings* y constitución de grupos de sociedades.

Estas estrategias fueron especialmente concebidas para asegurar y maximizar la unión financiera, patrimonial, económica, tecnológica, industrial y comercial, que había para el momento. Se buscaba reducir los costos de coordinación en sus diferentes áreas, estandarizar las técnicas de producción, “desverticalizar” las estructuras productivas para una mejor adaptación a la volatilidad de los mercados, cerrar las unidades poco lucrativas y fortalecer los sectores más competitivos y rentables, obtener préstamos con bajas tasas de interés como fuentes de financiación y encontrar formas para huir de la progresividad de los impuestos entre otros. Este proceso de racionalización organizativa, decisoria y operativa, se conoce hoy en día como la *compañía global* o por *la corporación transnacional*.

El sociólogo *Manuel Castells* profesor de urbanismo y sociología de la Universidad de California, considera en su libro “La Era de la Información, Economía, Sociedad y Cultura” que, *el acceso a la información*, es un elemento adicional y trascendental en este proceso de transformación económica.

Sostiene que la productividad y competitividad de los diferentes agentes económicos, sean estos Estados, empresas o regiones, depende

fundamentalmente de su capacidad para generar, procesar y aplicar con eficacia la información basada en el conocimiento¹¹. La revolución de la tecnología de la información se ha convertido en la base material indispensable para esta nueva concepción de economía. El autor ha denominado este fenómeno como “Informacionalismo”¹².

En resumen, estas transformaciones o cambios, tanto en las instituciones estatales como en la gestión de las empresas, se han encaminado a conseguir tres metas principales; (i) intensificar la productividad del trabajo y el capital, (ii) globalizar la producción, circulación y mercados, aprovechando los beneficios de los avances tecnológicos en la información y, (iii) conseguir el apoyo estatal para el aumento de la productividad y competitividad de las economías nacionales, a menudo en detrimento de la protección social y el interés público.

Como se observa, la IED es hoy en día, el elemento central de la Globalización contemporánea, en la medida que supone una descentralización de la producción, mayor inversión y transacción de tecnología.

1.2 EVOLUCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Como se expuso en el acápite anterior, desde mediados del siglo XX el mundo sufrió una serie de transformaciones políticas, económicas, sociales y culturales, como consecuencia de lo que se denomina como “Globalización”. La llamada “Globalización de las Economías” ha permitido una mayor movilidad de

¹¹ Tomado de CASTELLS, Manuel. Ob Cit. Páginas 93 y siguientes.

¹² Definición de Informacionalismo: *“El informacionalismo se orienta hacia el desarrollo tecnológico, es decir, hacia la acumulación de conocimiento y hacia grados más elevados de complejidad en el procesamiento de la información. Si bien grados más elevados de conocimiento suelen dar como resultado grados más elevados de producto por unidad de insumo, la búsqueda de conocimiento e información es lo que caracteriza a la función de la producción tecnológica en el informacionalismo”*. Tomado de la página web: <http://www.hipersociologia.org.ar/catedra/material/Castellsprol.html>

capital tangible e intangible, de fuerza laboral y también ha incentivado la competencia en el mercado de innumerables bienes y servicios¹³.

Internacionalmente se ha evidenciado que la Inversión Extranjera Directa ha tenido un impacto bastante positivo en el crecimiento económico de países como China e India y desde hace una década también en algunos de América Latina.

Informes de la Dependencia Económica del Banco Mundial muestran que el porcentaje de IED a nivel mundial, ha aumentado a una velocidad extraordinaria durante los últimos 20 años. Desde 1990 países como China e India han sido catalogados como los países anfitriones o *host countries* por excelencia, pues los bajos salarios y la gran oferta laboral, han sido y siguen siendo factores que atraen a los inversionistas extranjeros y a las grandes multinacionales.

Sin embargo, desde 1997 esta tendencia ha cambiado; inversionistas de países de la Unión Europea y de los Estados Unidos tienen en la mira a Latinoamérica y han reubicado muchas de sus inversiones en dicha región. México, Costa Rica y El Salvador han sido los más favorecidos, en contraposición a Colombia y Argentina que son los únicos países de América Latina en los que no se han hecho tantas inversiones. Así lo advierten las estadísticas del periodo 1990-2004 del informe realizado por el Banco Mundial sobre la materia¹⁴.

Este cambio se debe a que anteriormente los países inversionistas, que normalmente son los más desarrollados, encontraban en China e India mayores facilidades para invertir. Sin embargo, la distancia entre el

¹³ Ver: ECHAVARRIA, Juan José. ZODROW George R. En: Documento: "Impuestos a las Utilidades e Inversión Extranjera Directa en Colombia. Agosto 2005. Documento electrónico: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra348.pdf>

¹⁴ Tomado de: CRAVINO Javier, LEDERMAN Daniel, OLARREAGA Marcelo. En: "Foreign Direct Invest in Latin America during the Emergence of China and India". Informe de la dependencia de Economía del Banco Mundial. Septiembre 2007.

inversionista y los países anfitriones, es una de las ventajas que más se está teniendo en cuenta a la hora de invertir. Es por ello que, desde 1997 China e India han dejado de ser lo suficientemente atractivas para invertir.

Además de la distancia, características como costos laborales, incentivos tributarios, estabilidad jurídica y económica entre otras, inciden en la decisión de los inversionistas de mantener o expandir un negocio en un país anfitrión. Es por esto, que los países desarrollados han encontrado en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) o en los Tratados de Libre Comercio (TLC), el mecanismo perfecto para eliminar las barreras que les impiden invertir en Latinoamérica y que les resultaban más atrayentes en China.

Según estos informes, es un hecho que la IED en América Latina está creciendo más aceleradamente que en otros continentes. Esto se debe en gran medida a que hace aproximadamente dos décadas, los países en desarrollo empezaron a preocuparse por atraer inversionistas foráneas y por ofrecerles incentivos, y la manera que encontraron para lograr dicho objetivo, fue desarrollando actividades de promoción. Es así como muchos países crearon Organismos de Promoción de Inversión, también llamados IPAs.

1.3 AGENCIAS DE PROMOCIÓN DE INVERSIÓN – *INVESTMENT PROMOTION AGENCIES* - IPAS

Para los países en desarrollo, como Colombia, es de gran importancia la implementación de políticas de promoción, pues el acceso a la información en esta clase de países, no es tan fácil como en uno desarrollado, y es por esto que es necesario generar los medios para que el posible inversionista conozca los beneficios de invertir en un país en desarrollo.

Otro estudio realizado por investigadores del Banco Mundial que se hizo en más de cien países¹⁵, muestra que las actividades de promoción sí contribuyen a generar mayor IED, pues se ha concluido que la misma, afecta el proceso de decisión del potencial inversionista, a saber; un inversionista toma esta decisión basándose en cuatro criterios básicamente; primero, si pertenece a los más populares receptores de IED, segundo, si el país está cercano a las operaciones del inversionista, tercero, se analiza la clase de regulación económica que tiene el potencial destino, y por último si el posible receptor es un nuevo destino en el que se ha empezado a invertir y es en este último criterio en el que entran los países en desarrollo.

Lo anterior muestra las razones por las que actualmente los países gastan gran cantidad de sus recursos promocionándose como destinos exitosos de IED, ya que existen resultados comparados de que sí existe correlación entre la promoción de inversión y la efectiva atracción de la misma.

1.4 INVERSIÓN EXTRANJERA EN COLOMBIA

Nuestro país ha avanzado considerablemente en la última década en cuanto a legislación de inversión extranjera se refiere¹⁶. Estos avances han hecho que los procedimientos sean mucho más ágiles y generen más certidumbre para los inversionistas.

¹⁵ Tomado de: HARDING Torfin, SMARZYNSKA JAVOCIKR Beata. *En*: "Developing Economies and International Investors: Do Investment Promotion Agencies Bring Them Together?" Informe de la dependencia de Economía del Banco Mundial. Agosto de 2007.

¹⁶ Ley 45 de 1990, Decreto Ley 663 de 1993, Decreto 2080 de 2000, Ley 680 de 2001, Decreto 1844 de 2003, Decreto 210 de 2004, Resolución 8 de 2000 del Banco de la República y sus modificaciones, Circular reglamentaria del Banco de la República, DCIN 83 del 15 de diciembre de 2005, Decreto 4474 de 2005, Ley 963 de 2005, Decreto 1940 de 2006

1.4.1 Antecedentes. Luego del Decreto 444 de 1967, también denominado “Estatuto Cambiario” que durante casi 25 años reguló el tema cambiario en Colombia, sobrevinieron en 1991 la Ley 9 y las resoluciones 49 y 51 del CONPES con lo cual se puede afirmar que desde hace 17 años la inversión extranjera en Colombia viene siendo regulada de manera constante y uniforme.

1.4.2 Régimen actual. En la actualidad, el eje central de la regulación sobre la inversión extranjera en Colombia lo constituye el Decreto 2080 de 2000, el cual consta de 55 artículos distribuidos en 4 capítulos. Este decreto ha sido objeto de varias reformas, tales como las del Decreto 1844 de 2003 (que modificó los artículos 3, 8, 15, 23, 29 y 46 y derogó tanto el literal e) del artículo 5 como el artículo 24, el Decreto 1866 de 2005 (que modificó el artículo 26), el Decreto 4475 de 2005 (que nuevamente modificó los artículos 5 y 8), el Decreto 1940 de 2006 (que modificó el literal d) del artículo 10 y de nuevo todo el 36 y, recientemente, la ley 963 de 2005 de Estabilidad Jurídica.

La normatividad colombiana considera como inversionistas extranjeros a todas las personas naturales no residentes en Colombia y a todas las personas jurídicas extranjeras que inviertan en el país recursos provenientes del exterior¹⁷. Las personas naturales y jurídicas ubicadas en algún país andino son consideradas como inversionistas nacionales.

También contempla dos tipos de inversión extranjera: la inversión extranjera directa y la inversión de portafolio.

1.5 DEFINICIÓN INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

Es la que se realiza con la adquisición de participaciones, acciones, cuotas sociales, bonos obligatoriamente convertibles en acciones o cualquier aporte

¹⁷ Se utilizan los mismos criterios de residencia que enseña el Decreto 624 de 1989 - Estatuto Tributario - en los artículos 9 y 10.

representativo del capital de una empresa, en la adquisición de derechos en patrimonios autónomos constituidos mediante contrato de fiducia mercantil como medio para desarrollar una empresa o para la compra, venta y administración de participaciones en empresas no registradas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios; en la adquisición de inmuebles, títulos de participación en procesos de titularización inmobiliaria; o a través de fondos inmobiliarios, en aportes de actos o contratos si éstos no representan una participación en la sociedad y las rentas que generen dependen de las utilidades de la empresa. Tal es el caso de los contratos de transferencia de tecnología, colaboración, concesión, servicios de administración y licencia; y en inversiones en sucursales constituidas en Colombia por personas jurídicas extranjeras, al capital asignado o como inversión suplementaria al capital.

1.6 DEFINICIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA DE PORTAFOLIO

Es aquella que se efectúa a través de fondos de inversión de capital extranjero en acciones, bonos obligatoriamente convertibles en acciones y otros títulos valores negociables en el mercado público de valores.

Estos fondos se definen como patrimonios organizados bajo cualquier modalidad¹⁸ en Colombia o en el extranjero, con recursos aportados por una o más entidades, ya sean personas naturales o jurídicas extranjeras, con el objeto exclusivo de realizar inversiones en el mercado público de valores. Por lo tanto, están sometidos, para la adquisición de acciones, a las reglas que regulan la oferta pública de adquisición, en los casos previstos para los inversionistas locales, sin perjuicio de las reglas aplicables a determinado tipo de inversiones.

¹⁸ A través de contratos de fiducia mercantil, encargos fiduciarios, contratos de custodia u otros análogos.

Su administración está a cargo de un administrador internacional y de un administrador local, como las sociedades fiduciarias y las comisionistas de bolsa. A este último le corresponde representar al fondo en todos los asuntos derivados de la inversión, y responder por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que les sean aplicables.

1.7 PRINCIPIOS DEL RÉGIMEN DE LA IED

1.7.1 Igualdad en el trato. La inversión extranjera recibe el mismo tratamiento que la nacional. No se admite, por lo tanto, la imposición de condiciones o tratamientos discriminatorios o más favorables a los inversionistas extranjeros¹⁹.

1.7.2 Universalidad. La inversión extranjera es aceptada en casi todos los sectores de la economía colombiana, salvo en los siguientes casos; actividades de defensa y seguridad nacional, procesamiento, disposición y desecho de basuras tóxicas, peligrosas o radiactivas, no producidas en el país y, sociedades concesionarias de servicios de televisión abierta, las cuales no

¹⁹ **Artículo 3 Resolución 51 de 1991 del CONPES.**- Principio de igualdad en el trato. Con sujeción al artículo 100 de la Constitución Política de Colombia, al artículo 15 de la Ley 9a. de 1991, con excepción de aquellos asuntos referentes a la transferencia de recursos al exterior, la inversión de capital del exterior en Colombia, será tratada para todos los efectos, de igual forma que la inversión de nacionales residentes.

En consecuencia, y sin perjuicio de lo estatuido en regímenes especiales, no se podrán conceder condiciones ni otorgar tratamientos discriminatorios a los inversionistas de capital del exterior frente a los inversionistas privados residentes nacionales, ni tampoco conceder a los inversionistas de capital del exterior ningún tratamiento más favorable que el que se otorga a los inversionistas privados residentes nacionales.

Parágrafo. Los asuntos tributarios referentes a la transferencia de recursos al exterior continuarán rigiéndose por el Estatuto Tributario y sus normas complementarias.

pueden tener inversión extranjera superior al 40% del total del capital social de la concesionaria²⁰.

1.7.3 Automaticidad. La realización de la inversión extranjera no requiere autorización, salvo en los regímenes especiales previamente mencionados y en las inversiones realizadas en el sector financiero, las cuales requieren de una autorización previa de la Superintendencia Financiera²¹.

1.7.4 Estabilidad. Las condiciones para el reembolso de la inversión, así como para la remisión de las utilidades que estuvieran vigentes en la fecha de registro de la misma, no podrán ser modificadas de manera que afecten desfavorablemente al inversionista.

1.8 REGISTRO DE LA IED

Todas las inversiones del exterior, cualquier modalidad, deben registrarse ante el Banco de la República como condición necesaria para que el inversionista extranjero pueda ejercer los derechos cambiarios que le confiere la ley. Una vez registrada la inversión, el titular de la misma tiene los siguientes derechos cambiarios: (i) remitir al exterior las utilidades netas comprobadas que generen periódicamente sus inversiones, (ii) reinvertir las utilidades o retener en el superávit las utilidades no distribuidas con derecho a giro, (iii) capitalizar las sumas con derecho a giro, producto de obligaciones derivadas de la inversión, (iv) remitir al exterior las sumas recibidas como producto de la enajenación de

²⁰ Documento electrónico: Tendencias Actuales de la Inversión Extranjera en Colombia. Estudio realizado por la Universidad del Rosario en el año 2006 http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo1/fasciculo11/documentos/fasc_11.pdf

²¹ Decreto Ley 663 de 1991 – Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

la inversión dentro del país, o de la liquidación de la empresa o portafolio, o de la reducción de su capital²².

1.9 DERECHO DE PROPIEDAD – EXPROPIACIÓN DIRECTA

Como se expuso anteriormente, en virtud del principio de “Igualdad en el Trato” los extranjeros gozan en Colombia de los mismos derechos que los nacionales, excepto en las restricciones expresamente señaladas en la ley. Por ello, pueden adquirir inmuebles en nuestro país sin ninguna restricción. La propiedad privada y los demás derechos adquiridos no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores salvo por motivos de utilidad pública o interés social. La expropiación directa por motivos de utilidad pública e interés social mediante un proceso y una indemnización adecuada se garantiza en todos los casos.

1.10 CONVENIOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN A LA IED

A continuación, se hará una descripción de los principales mecanismos, acuerdos y organismos que han sido creados dentro del derecho internacional para la protección y garantía de la inversión extranjera.

Para tal fin, se hará una presentación de los tratados multilaterales promovidos por el Banco Mundial y por agencias nacionales como la OPIC.

1.10.1 Corporación de Inversiones Privadas en el Extranjero. OPIC. La *Overseas Private Investment Corporation* - OPIC- fue constituida en 1971 por el

²² Estudio realizado por PROEXPORT Colombia en el año 2006. Documento electrónico: <http://www.proexport.com.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo7479DocumentNo6591.PDF>

gobierno de Estados Unidos. Ella desempeña primordialmente tres funciones: (i) canaliza los recursos de inversionistas y de compañías norteamericanas hacia los mercados de economías emergentes, fomentando su desarrollo económico, (ii) complementa el sector privado en los riesgos de manejo relacionados con las IED y (iii) apoya las políticas de inversión extranjera del gobierno de los Estados Unidos²³. Actualmente, la OPIC tiene proyectado apoyar inversiones en más de 150 estados a nivel mundial.

Esta entidad asegura que sus proyectos estén en concordancia con los estándares ambientales, laborales y vela por el respeto de los derechos humanos en materia de inversión extranjera.

Desde 1985 Colombia hace parte de este convenio. En Colombia, la OPIC financia y asegura los proyectos de inversión con cualquier entidad pública, contra riesgos como inconvertibilidad de divisas, expropiación y violencia política.

La OPIC cubre inversiones en varios sectores económicos incluyendo infraestructura, manufactura y servicios financieros y no exige una suma mínima de inversión

1.10.2 Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones. MIGA. Colombia es miembro de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones –MIGA, una agencia del Banco Mundial, desde 1994. MIGA es un organismo multilateral que otorga garantías a la inversión extranjera contra riesgos no comerciales, tales como la inconvertibilidad de divisas, la expropiación discriminatoria y medidas similares, así como incumplimiento de contrato por parte de gobiernos locales, guerra y disturbios civiles. Los proyectos de inversión elegibles por MIGA deben ser financiera y económicamente viables, ambientalmente

²³ Página web de la OPIC: <http://www.opic.gov/about/index.asp>

seguros, consistentes con los estándares laborales internacionales y deben cumplir con los objetivos mínimos de desarrollo del país inversionista²⁴.

Esta institución también asegura inversiones en una amplia gama de industrias y cubre varios tipos de inversión. Los inversionistas que pueden acudir a las coberturas ofrecidas por MIGA deben ser nacionales de países miembros de la agencia, pero de un país distinto de aquel en el cual se llevará a cabo el proyecto, con ciertas excepciones en condiciones especiales. Las empresas elegibles deberán a su vez, haber sido constituidas o tener su domicilio principal en un país miembro del MIGA.

Sus principales coberturas son: (i) restricción de transferencias e inconvertibilidad de moneda, (ii) expropiación, (iii) guerra y conmoción civil e (iv) incumplimiento contractual.

Desde su creación, el MIGA ha garantizado alrededor de 800 proyectos y ha intervenido en múltiples casos de resolución de conflictos entre inversionistas y gobiernos locales, que permitieron la continuidad de los proyectos. En Colombia se han emitido 6 contratos de garantía con una cobertura aproximada de US \$ 255 millones para mitigar los riesgos de inversionistas de los Países Bajos, España y EEUU, principalmente en proyectos en las áreas de: servicios financieros (leasing e hipotecas), telecomunicaciones, luz Eléctrica y Minería²⁵.

1.10.3 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión. CIADI. El convenio constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID o *Convenio de Washington*) es un tratado multilateral formulado por los directores ejecutivos del BIRD, hoy Banco Mundial, que está en funcionamiento desde el 14 de Octubre de 1966.

²⁴ Tomado de la página web: http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1588

²⁵ Tomado de <http://www.expocol.com/VBeContent/library/documents/DocNewsNo5719DocumentNo6719.PDF>

Se consideró en ese momento, que era necesario crear un foro internacional imparcial, donde se proporcionaran las instalaciones para la resolución de conflictos legales entre Estados y nacionales de otros estados, con el fin de acceder a un mecanismo de conciliación y arbitramento internacional, previo consentimiento de las partes.

El congreso colombiano ratificó este convenio el 14 de Agosto de 1997 y por medio de él se busca solucionar posibles conflictos que se presenten entre las partes; entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión. El CIADI (sus siglas en español) busca proteger la inversión extranjera otorgando garantías y seguridad al momento de solucionar los conflictos relacionados con la inversión.

Hoy en día, se considera que esta institución internacional dedicada al arbitraje, es la más recurrida para resolver los conflictos entre inversionistas y Estados²⁶. Se hablará con más amplitud sobre este tema en el tercer capítulo.

1.10.4 Corporación Andina de Comercio. CAF. La CAF es una institución financiera multilateral que apoya el desarrollo económico de sus países miembros y también la integración regional. Este organismo suministra productos y servicios financieros a los gobiernos de los Estados miembros, a sus instituciones financieras y a las empresas públicas y privadas.

Está conformada actualmente por 17 países de América Latina, el Caribe y Europa, los cuales son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, España, Jamaica, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad & Tobago, Uruguay y Venezuela, y 15 bancos privados de la región andina.

²⁶ Ver la página web del Banco Mundial
<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20193455~menuPK:418789~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>

En la actualidad, es la principal fuente de financiamiento de los países de la región andina. Así lo demuestran las estadísticas de esta institución, que enseñan que entre 2002 y 2006, de un total de US\$ 24.453 millones aprobados por todas las entidades multilaterales para los países de dicho organismo, la CAF generó US\$ 11.737 millones, lo cual equivale a 48%²⁷.

La CAF suscribió un acuerdo con *AIG - Global Trade & Political Risk Insurance Company* para constituir la Compañía Latinoamericana de Garantías de Inversiones (*Latin American Investment Guarantee Company – LAGIC*), con el fin de ofrecer seguros de riesgos políticos y garantías de inversiones. La idea es permitir que las instituciones financieras y las empresas privadas con intereses en Latinoamérica y el Caribe, expandan sus negocios con cierto grado de confianza. También se busca protegerlos contra pérdidas imprevistas de activos o de inversiones, ofrecer a los accionistas, consejeros, directores y gerentes un mayor nivel de seguridad al autorizar negocios en el extranjero y acceso a financiamiento.

1.11 OTROS ASPECTOS

1.11.1 Tribunal de Arbitraje. La legislación colombiana permite que los particulares acudan al mecanismo arbitral para resolver sus conflictos. El arbitraje puede ser pactado en las cláusulas del contrato, caso en el cual se entenderá que existe una cláusula compromisoria, pero igualmente se podrá acudir a él así no se haya pactado en cualquier momento, caso en el cual se encuentran ante un compromiso.

El arbitraje puede ser (i) independiente, cuando las partes eligen las reglas de procedimiento aplicables, (ii) institucional, cuando el procedimiento lo establece

²⁷ Tomado de <http://www.caf.com/view/index.asp?pageMS=34132&ms=17>

el centro de arbitraje y (ii) legal, cuando no hay acuerdo entre las partes, en cuyo caso es necesario aplicar el procedimiento previsto en la normatividad procesal. Las partes también tienen plena libertad para escoger los árbitros. Por lo general, cada una elige uno y el tercero es elegido de común acuerdo.

Los contratos con entidades estatales también podrán someterse a arbitraje, situación en la cual el arbitramento será en derecho (en los demás casos se admite el arbitraje en equidad) y los árbitros serán como mínimo tres, a menos que se trate de contratos de menor cuantía, caso en el cual, solo será necesario un árbitro.

Adicionalmente se permite pactar que la solución de las eventuales controversias se someta a arbitraje internacional, siempre y cuando una de las partes contratantes sea extranjera y se dé cualquiera de las siguientes condiciones: (i) que las partes tengan su domicilio en Estados diferentes, (ii) que el lugar de cumplimiento de una parte importante de las obligaciones relacionadas con el objeto del litigio se encuentre situada en un Estado distinto a aquel en el que las partes tienen su domicilio principal, (iii) que el lugar de arbitraje que acuerden las partes se encuentre en un Estado distinto de aquel de su domicilio, (iv) que el asunto sujeto al pacto arbitral vincule intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente, o que (v) la controversia afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

Tratándose de arbitraje internacional éste se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el país, los cuales priman sobre las reglas internas. Las partes pueden pactar la norma sustancial y procedimental aplicable.

Este tema será desarrollado en el tercer capítulo de esta monografía.

1.12 TENDENCIA MUNDIAL EN LA REGULACIÓN DE LAS IED

Estudios del Banco Mundial²⁸ indican que actualmente hay una menor presencia de IED en las economías de los países más regulados. Análisis sobre varios países anfitriones, muestran que las regulaciones jurídicas y económicas de los Estados, son relevantes al momento de determinar los efectos positivos de las IED. Debe anotarse, sin embargo, que ésta no es la regla general. También hay casos de economías sobrerreguladas que son beneficiarias de entradas de capital foráneo.

Hay países, por ejemplo, que ofrecen incentivos tributarios para atraer inversión. No obstante, estos intentos pueden verse frustrados si no se ofrecen otros beneficios reales. Sí los países anfitriones quieren elevar y estimular las entradas de inversión extranjera, deben reformar en primer lugar, el marco de sus regulaciones económicas, ofreciendo una mayor liberalización del mercado. En este sentido, la IED beneficiaría a ambas partes, tanto a los países anfitriones como a los inversionistas.

Para concluir este capítulo, debe anotarse que de acuerdo a estudios recientes sobre la materia, los estímulos de los países a la IED, solo sirven y tienen sentido, en tanto las instituciones gubernamentales de los estados sean eficientes y haya una menor regulación del comercio y del trabajo.

²⁸ Tomado de: BUSSE, Matthias, GROIZARD, Juan José. En: "Foreign Direct Investment, Regulations and Growth. Informe de la dependencia de Economía del Banco Mundial. Abril 2006.

2. EXPROPIACIONES

2.1 ORIGEN DE SU REGULACIÓN

Tal como se expuso en el acápite anterior, el cambio del Estado de Bienestar al Estado Neoliberal buscaba entre otros aspectos, desregularizar el mercado y disminuir la intervención de los gobiernos en la economía de los países; de la misma manera esa transición condujo a que se privatizara el sistema financiero, se diera una mayor libertad en las transacciones y a que aumentaran los flujos de Inversión Extranjera Directa. Paralelo a este fenómeno, el comercio internacional empezó a ser regulado por medio de Acuerdos de integración Económica.

Hoy la IED es el componente esencial de la globalización y supone por parte de los Estados la búsqueda de capitales foráneos para que se instalen en su territorio. Como ya se mencionó, la Globalización de las economías ha traído como consecuencia una mayor movilidad de capital tangible e intangible y fuerza laboral.

Se creó la necesidad de regular los términos en que deben darse las relaciones entre Estado receptor e Inversionista, y es así como ha cobrado fuerza la suscripción de acuerdos entre países, TLCs y TBIs, por medio de los cuales se busca eliminar barreras que impidan invertir en los Estados.

La IED debe recibir el mismo tratamiento que la doméstica, así lo establece el artículo tercero de la Resolución 51 de 1991 del CONPES, este principio es llamado "Igualdad en el Trato".

En pro de que el principio de igualdad en el trato sea respetado, los Acuerdos o tratados de Integración Económica regulan el tema de la inversión en el que establecen las condiciones bajo las cuales se debe dar la misma. Dentro de los capítulos de inversión se incluye generalmente, el tratamiento al tema de las expropiaciones.

La protección a los derechos de propiedad es una de las preocupaciones centrales de las firmas extranjeras que consideran invertir directamente en otro país. Al ser la expropiación una forma tan extrema de limitación a los derechos de propiedad de las multinacionales, los inversionistas se preocupan por que el tratamiento a los derechos de propiedad se regule en los acuerdos que se firmen; buscando de esta manera que los activos que eventualmente tengan en el país receptor de la inversión sean respetados, y que de no serlo, se reciba a cambio una indemnización²⁹.

Los tratados son también la herramienta por medio de la cual el Estado del cual el inversionista es nacional busca incluir el mayor número de protecciones posibles en lo que se refiere a los términos de la inversión.

La suscripción de tratados o acuerdos entre los Estados entre quienes van a darse las relaciones de inversión es de suma importancia, en tanto que, por medio de estos instrumentos se demarcan además cuáles serán los derechos y obligaciones de cada una de las partes y se traza el terreno de cómo serán las relaciones entre Estado anfitrión y el inversionista.

En la medida en que se dejen claro los contenidos del tratado que se refieran al alcance e interpretación de las normas y al derecho que debe aplicarse a los temas no regulados, se disminuye la probabilidad de conflictos entre inversionista y Estado.

²⁹ LI, QUAN. Forthcoming. "Democracy, Autocracy, and Expropriation of Foreign Direct Investment" *Comparative Political Studies* en [fdi_prote...pdf \(246,0 KB\)](#)

Conforme a lo anterior, es importante que en los acuerdos que involucren el tema de expropiación directa e indirecta, se establezca claramente cuáles son los conceptos de utilidad pública y expropiación indirecta, en tanto la inexactitud u omisión de los mismos puede aumentar el riesgo de controversias entre las partes; además el no hacerlo incrementa el rango de discrecionalidad de los tribunales que serían quienes tendrían que establecer el concepto de expropiación indirecta para poder dirimir el conflicto³⁰.

Como se verá más adelante, la utilidad pública es uno de los motivos por los cuales se puede expropiar; por eso es que en los tratados que se celebren debe especificarse en qué circunstancias se está frente a ella, en la medida en que es posible que inversionista y Estado tengan diferentes concepciones de la misma³¹.

Los Estados además deben tener especial cuidado con las regulaciones de su legislación que no concuerden con las de los tratados, porque, una vez el tratado entra en vigor, el Estado anfitrión puede ser declarado responsable en los tribunales internacionales por cualquier violación de los intereses del inversionista. Por eso es necesario que, la legislación del Estado receptor de la

³⁰ Una ilustración de lo referido en el texto es el caso de *Metalclad* en el que los árbitros del tribunal del CIADI tuvieron que establecer el concepto de Expropiación Indirecta para poder definir si había habido violación de las normas del NAFTA, en ese caso se emitió un concepto amplio de expropiación cuando dijo que la misma según el NAFTA, no solamente incluye apropiaciones reconocidas, abiertas y deliberadas, como lo sería una toma rotunda o una transferencia obligatoria del título de la propiedad a favor del Estado anfitrión; sino que también incluye la interferencia incidental o disimulada en el uso de la propiedad, lo que tiene como consecuencia la privación en todo o en parte del uso de la propiedad por parte del dueño. Además se considera que hay expropiación si se priva al dueño de los beneficios económicos que razonablemente podían ser esperados. Sería más difícil que el tribunal tuviera que emitir el concepto de expropiación indirecta por ejemplo en el TLC firmado el 1º de marzo de 2004 entre EUA y Australia, en el que se incluyó en el anexo 11-B del artículo 4 B cuál era el alcance del mismo, en esa oportunidad se dijo que habría expropiación indirecta cuando una acción o una serie de acciones de una parte tengan un efecto equivalente a expropiación directa, sin que haya una transferencia formal del título o una indiscutible toma de la propiedad. Texto del TLC entre Estados Unidos Y Australia disponible de: http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_11.html.

³¹ El mismo tratado mencionado en la nota anterior dice que solo en circunstancias excepcionales las acciones regulatorias, no discriminatorias de una parte que busquen utilidad pública, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

inversión y la normatividad del tratado no discrepen, ya que “las regulaciones, medidas o actos de la administración del Estado que no estén en consonancia con los tratados suscritos, pueden ser la base de una demanda ante el CIADI por expropiación indirecta”³².

2.2 EXPROPIACIÓN DIRECTA

La expropiación es el poder de la administración de privar a una persona de 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 leyes³³.

En Colombia el artículo 58 de la Constitución Política establece:

“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 interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización

³² PAEZ, Marisol. En “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados” 1 abril de 2006. Documento electrónico en: http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32113075_ITM. Documento sin enumeración.

³³ Definición del Diccionario de la Real Academia Española. Vigésimo segunda edición. En www.rae.es

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”.

Según la sentencia C-059/01 de la Corte Constitucional, la expropiación debe darse bajo tres pilares fundamentales: i) el principio de legalidad, fundamento de todo Estado de Derecho, ii) la efectividad del derecho de defensa y del debido proceso del particular que va a ser expropiado y iii) el pago de una indemnización que no haga de la decisión de la administración un acto confiscatorio, expresamente prohibido en el artículo 34 de la Constitución³⁴.

De lo anterior se deduce entonces que, en principio, el ordenamiento jurídico colombiano respeta el derecho a la propiedad privada, pero podrá haber expropiación cuando sea por motivos de utilidad pública o interés social, y deberá además, pagarse una indemnización como retribución.

Actualmente en el Derecho Internacional se habla de dos clases de expropiaciones. Por un lado la directa, que ha sido expuesta previamente y que en el ámbito internacional consiste en la apropiación por parte del Estado receptor de la inversión, de los bienes de un extranjero que ha invertido en el país. De otro lado se habla de indirecta, tema que se tratará más adelante.

El Derecho Internacional además de preocuparse por la protección a los extranjeros, se preocupa también por la protección a los bienes de éstos. Por eso, ha llegado a ocuparse de qué pasa cuando un Estado con sus actuaciones priva de los beneficios que genera la IED a los inversionistas extranjeros. Esta controversia ha cobrado importancia con la idea de la expropiación indirecta³⁵. Toda la problemática que ha generado el tratamiento que debe dársele a la misma se abordará posteriormente.

³⁴ Tomado de: http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC059_01.HTM

³⁵ MORALES CARRASCO, Omar. En “Régimen jurídico de las expropiaciones ante el derecho internacional”. Documento electrónico:
<http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Omar%20Morales%20Carrasco.pdf>

2.2.1 Criterio de indemnización. A través de toda la historia del Derecho Internacional se ha discutido si las expropiaciones son procedentes o no, y si lo son, cuáles deben ser las pautas bajo las cuales se debe dar la indemnización.

En el campo internacional se habla de dos conceptos a los cuales se puede recurrir al momento de pagar la indemnización. Por un lado la *doctrina Hull*³⁶ que reclama un pago *justo, oportuno y eficaz*. Ésta es la que los países exportadores de capital demandan que se cumpla. Existe también *la doctrina Calvo*³⁷, que afirma el derecho a nacionalizar, requiriendo una *compensación apropiada*; por ella abogan los países receptores de capital, que por lo general pretenden pagos mínimos, alegando que los inversionistas extranjeros explotan y se enriquecen excesivamente.

³⁶La Doctrina Hull fue enunciada por el Secretario de Estado de EE.UU. Cordell Hull en 1936 como respuesta a la nacionalización por parte del gobierno mexicano de la industria petrolífera de ese país en manos de estadounidenses. En "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law" Directorate on Financial and Enterprise Affairs, Working Paper on International Investment 2004/4 Septiembre 2004, p. 2 nota al pie 1. Documento disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>. Esta doctrina dice que se debe garantizar una compensación sin demoras, adecuada y efectiva; y además, que la interpretación de su alcance se encuentra regida por el derecho internacional consuetudinario, por lo que su incumplimiento genera responsabilidad internacional y conduce a un procedimiento internacional. Esta doctrina era defendida por países desarrollados. En "Las Inversiones Extranjeras, el arbitraje internacional y las demandas contra el Estado argentino" Por Raúl Mariani. En <http://www.mendozalegal.com/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=%20632>

³⁷ La doctrina Calvo fue enunciada por el argentino Carlos Calvo quien teorizó el principio general según el cual los pleitos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. Según esta doctrina los Estados soberanos gozan del derecho de estar libres de cualquier forma de interferencia por parte de otros Estados; y los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, en caso de pleitos o reclamaciones, tendrán la obligación de acabar todos los recursos legales ante los tribunales locales sin pedir la protección e intervención diplomática de su país de origen. Esta doctrina es apoyada por países pobres y en desarrollo. Tomado de "Historia y Destino de la Doctrina Calvo" ¿Actualidad u Obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? Por Francesco Tamburini en la Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Derecho Internacional) Edición XXIV, Valparaíso, Chile, 2002. Texto disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552002002400005&script=sci_arttext

2.3 RÉGIMEN JURÍDICO DE EXPROPIACIONES

El régimen jurídico de expropiaciones se encuentra fundamentalmente en el Derecho Internacional consuetudinario. Desde finales de la década de los cincuenta, los Estados exportadores de inversión empezaron a firmar acuerdos bilaterales de inversión con los países que serían anfitriones de la misma. En estos acuerdos se incluyen varios aspectos, como el de nación más favorecida, trato no discriminatorio, mecanismos de solución de controversias, y protección de las diferentes manifestaciones de inversión, especialmente pautas para la adecuada indemnización por expropiaciones.³⁸

Después de la Primera Guerra Mundial, Estados Unidos empezó a suscribir acuerdos con el fin de proteger de discriminaciones la propiedad y las inversiones de sus nacionales en el exterior³⁹. Desde finales de 1960 se empezaron a suscribir acuerdos, por lo general bilaterales entre países desarrollados o en vía de desarrollo; hoy estos acuerdos se dan también entre países no desarrollados.

En lo que tiene que ver con expropiaciones, estos acuerdos por lo general se dan sobre los mismos lineamientos; se prohíbe la expropiación, sea directa o indirecta, salvo que sea por causas de utilidad pública, sobre bases no discriminatorias, con apego a la legalidad y mediante indemnización. Por lo general se exige una indemnización pronta, efectiva y adecuada⁴⁰, siguiendo así la llamada doctrina Hull.

³⁸ PARGA, Cesar "Capacitación para Funcionarios Gubernamentales sobre Comercio y Medio Ambiente" en <http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentos/ModuleIIdoc/MODULO%20IIIc%20FINAL%20NEW%20Template.pdf>

³⁹ SALACUSE, Jeswald "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact of Foreign Investment in Developing Countries", *The International Lawyer* Vol. 24 # 3 (Fall 1990), p. 656.

⁴⁰ PARGA, Cesar. Ob. Cit.

Actualmente la mayoría de los acuerdos sobre inversión contemplan el pago compensatorio por la expropiación de una inversión extranjera. Estos acuerdos precisan los términos y condiciones de una expropiación señalando que ella debe reunir cuatro requisitos: i) utilidad pública; ii) no discriminación; iii) indemnización y iv) necesidad de un debido proceso⁴¹.

El Estado deberá pagar entonces una indemnización que corresponda al valor de la propiedad, cuando tome posesión de la misma. El pago deberá ser en principio previo y en su defecto, pronto después de la expropiación; en caso de retraso deberán pagarse también intereses. Debe también tenerse en cuenta el pago por lucro cesante.

2.4 LOS RIESGOS DE EXPROPIACIÓN QUE CORRE UNA INVERSIÓN

El profesor de la Universidad Estatal de Pensilvania, *Quan Li* en "Democracy, Autocracy, and Expropriation of Foreign Direct Investment"⁴² realizó un estudio en el que analizó cómo las instituciones democráticas pueden aumentar o reducir el riesgo de que se presente expropiación de la inversión extranjera directa en un país. El estudio fue realizado en 63 países en desarrollo desde 1960 a 1990⁴³.

El autor dice que existen tres razones por las cuales una firma que es nacional en principio, decide transferir activos, capital o productos a otro país, realizando de esta manera IED y convirtiéndose a la misma vez en una firma internacional: (i) porque quiere poseer activos tangibles o intangibles, (ii) porque quiere tener un control que traspase las fronteras de su país de origen, o (iii) porque quiere

⁴¹ PAEZ, Marisol. Ob. Cit. Documento sin numeración.

⁴² LI, Quan. Ob. Cit. Pág. 4

⁴³ LI, Quan. Ob. Cit. Pág.3

obtener las ventajas que se derivan de la locación o características especiales del estado anfitrión, en términos de su ambiente económico o sus políticas de gobierno⁴⁴.

Antes de que entre el Estado del cual proviene la inversión y el Estado anfitrión se celebre un acuerdo en el cual regulen cuál será el tratamiento a sus relaciones, es posible que los inversionistas extranjeros reciban un trato diferente del que se les da a los domésticos (a pesar de la existencia del principio de "Igualdad en el Trato"). Lo que se busca por medio de los Acuerdos de Integración Económica, tales como TLCs y TBIs es que tanto inversionista como Estado anfitrión sean igualmente regulados y protegidos.

El estudio realizado por el mencionado autor muestra que la naturaleza de las políticas domésticas puede ampliar o reducir los riesgos de expropiación a los que están expuestas las firmas extranjeras, que temen al espíritu de algunos gobiernos que están en la búsqueda constante de rentas y que no gozan de buena credibilidad en lo que se refiere al tratamiento que les dan a las inversiones de extranjeros que deciden invertir en su país. Muestra también que existe riesgo de que haya expropiación cuando el país anfitrión estima que puede percibir grandes beneficios si toma posesión de los activos extranjeros, si no lo cree así, las multinacionales permanecen intactas.

Otro factor que puede llegar a afectar el que haya expropiación o no, radica en el protagonismo del poder ejecutivo, ya que los gobiernos tienen el poder para definir los derechos de propiedad dentro de su territorio. Por eso los inversionistas se cuestionan sobre la protección de sus activos, ya que al no existir una autoridad legítima diferente a la del gobierno receptor de la inversión, corren el riesgo de que el mismo no cumpla las promesas que hizo antes de recibir la inversión, en lo que se refiere a protección y respeto a los capitales extranjeros.

⁴⁴ LI, Quan. Ob Cit. Pág. 5

Los resultados arrojados por el mencionado estudio muestran, entre otras cosas, que entre más democrático sea el país anfitrión, mas protección ofrecerá a los derechos de propiedad. Una muestra de lo anterior, es el fenómeno que se presentó en Inglaterra cuando el Parlamento obtuvo un mayor control fiscal, judicial y legislativo que el que tenía la Corona. En la medida en que eso ocurría, los intereses privados de los inversionistas se fueron volvieron más seguros⁴⁵.

Conforme a lo anterior se puede decir entonces, que es el límite que se le ponga al gobierno el que le da credibilidad al mismo de que respetará los derechos de propiedad. Quan Li afirma que en tanto los Estados garanticen mejores derechos de propiedad, habrá igualmente mejor protección a los inversionistas extranjeros.

La presencia de multinacionales beneficia a los individuos y grupos económicos pertenecientes al Estado receptor, en la medida en que la IED trae nueva tecnología, proporciona nuevas oportunidades de empleo, moviliza las reservas locales y aumenta el número de exportaciones; éstas son razones para que los Estados decidan darle apoyo a las multinacionales y se convierten al mismo tiempo en motivos para no expropiar.

En una versión más reciente⁴⁶ del documento anteriormente citado, el profesor Quan Li se refiere específicamente a cómo las instituciones políticas y el tipo de régimen político inciden en que haya o no expropiación de IED, y de cómo esto desencadena en que en las democracias los inversionistas y las multinacionales corran un menor riesgo de ser objetos de expropiación.

Li empieza por decir que las restricciones al poder político siempre disminuyen el riesgo de expropiación, ya sea en democracias o en autocracias; pero que el

⁴⁵ LI, Quan. Ob Cit. Pág. 8.

⁴⁶ LI, Quan. "Democracy, Autocracy, and Expropriation of Foreign Direct Investment" Comparative Political Studies. Documento electrónico en: li_S1100_...pdf (222,0 KB)

nivel de esas restricciones es siempre mayor en las democracias, lo que se traduciría entonces en que habrá menor riesgo de expropiación en ese tipo de régimen.

La expropiación de IED está política y directamente relacionada con la naturaleza de las instituciones políticas, pero además de éstas, también las condiciones de la economía del país, las características específicas de una industria o las capacidades de gobierno pueden influir en que haya o no expropiación por parte del país anfitrión de la inversión. Igualmente se ha dicho que factores como el nivel tecnológico del país, el nivel de riqueza, el que haya guerra civil o no y la capacidad estatal también pueden afectar el riesgo de expropiación⁴⁷.

Sin importar de qué tipo de gobierno se trate, la decisión del Estado anfitrión de expropiar activos extranjeros puede depender de que éste prefiera ganancias a corto plazo o cargar con los costos que a largo plazo pueden generarse en caso de realizar la expropiación.

En otras palabras, el Estado receptor de la inversión compara las ventajas de expropiar y las de no hacerlo. Expropiar capital extranjero trae beneficios a corto plazo, tales como que la propiedad de la multinacional se transfiere inmediatamente al Estado anfitrión; además lleva a que haya un mayor control de las multinacionales y le da al Estado mayor autonomía para poder alcanzar objetivos políticos, nacionales y económicos, por último, la expropiación puede satisfacer la búsqueda populista por el orgullo nacional y el cambio social.

Por otro lado están los costos o desventajas que a largo plazo puede conllevar el hecho de expropiar. Por lo general las operaciones de una multinacional son más exitosas cuando son dirigidas por ella misma y no por el Estado receptor de la inversión, debido al *know how* y habilidades directivas con las que cuentan las multinacionales. El que las operaciones no tengan éxito puede

⁴⁷ LI, Quan. Ob Cit, Pág. 2.

traducirse en que el país anfitrión pierda credibilidad ante posibles nuevos inversionistas y que disminuyan los flujos de IED que pueda recibir.

De lo anterior se deduce que, si lo que el gobierno anfitrión desea es obtener ganancias a corto plazo, muy seguramente expropiará; al contrario de si lo que busca es obtener los beneficios que a largo plazo puede generar la permanencia de capitales foráneos en su territorio.

Por lo general las ganancias a corto plazo se vuelven poco atractivas cuando se comparan con los costos que se desencadenan de ellas. Esto se asocia con el hecho de que Estados con un bajo crecimiento económico sean más propensos a cometer más actos de expropiación, en tanto lo que buscan es obtener ganancias económicas en un corto tiempo.

Depende de cada tipo de gobernante la elección, cuando un gobernante se siente seguro en el poder, se inclina por no correr con los costos que implican a largo plazo las expropiaciones; pero si por el contrario el gobernante siente que su poder va en declive, es posible que opte en cambio por las ganancias que puede obtener rápidamente al realizar una expropiación, dado que éstas pueden ayudarlo a permanecer en el poder. Lo anterior aplica tanto para Estados democráticos y autocráticos, según lo dice Quan Li.

Con lo anterior tiene que ver también, la estabilidad del gobierno, sin importar que sea democrático o autocrático, ya que en la medida en que los mismos y sus líderes estén firmes y cuenten con una buena credibilidad, serán menos propensos a expropiar inversiones extranjeras.

Para que un Estado pueda realizar un acto de expropiación se requiere además de los incentivos que lo motivan, que cuente con la capacidad política para poder expropiar.

Es importante tener en cuenta que los inversionistas evitan asentar sus activos en países con tendencia a expropiar; por eso la cantidad de IED en esos países es siempre menor a la de los países que no tienen la misma reputación. Como consecuencia de lo antes dicho, algunos países receptores no dejan de expropiar porque así lo prefieran, sino por las oportunidades de recibir nuevas inversiones que pueden perder en caso de que ejerzan actos de expropiación.

2.5 INFLUENCIAS DEL TIPO DE RÉGIMEN EN QUE HAYA EXPROPIACIÓN

Pasando ahora a las diferencias que pueden darse entre diferentes tipos de regímenes, en lo que se refiere a que haya o no expropiación, el estudio antes mencionado mostró que en las autocracias⁴⁸ se ven más a menudo actos de expropiación que en una democracia.

⁴⁸ El Diccionario de la Política, décimo primera edición de 1998, de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, remite el significado de autocracia a dictadura. Ésta última fue definida por Mario Stoppino. Según este diccionario la palabra dictadura tiene su origen en la dictadura romana, donde era un órgano extraordinario que se activaba para hacer frente situaciones de emergencia, bajo unos límites establecidos constitucionalmente. Una vez el dictador era elegido por uno o ambos cónsules bajo la propuesta del senado, adquiría poderes amplísimos, entre ellos: sus decretos tenían valor de ley, ejercía pleno mando militar y sus sentencias penales no podían ser apeladas por los ciudadanos. Para la república romana la dictadura era una manera de suspender temporalmente su propio orden constitucional para preservar su integridad y permanencia, la dictadura romana decayó en el siglo III a.de c. debido a que las guerras empezaron a ser más largas y porque empezó a activarse por razones diferentes a la de superar una crisis grave. Luego surgió la dictadura moderna que se asimila a la romana en la concentración y el carácter absoluto del poder, pero la dictadura moderna se instaura de *facto* y no tiene límites jurídicos, es una forma de gobierno normal y permanente a diferencia de la romana que era excepcional y temporal. La dictadura moderna le concede poderes extraordinarios a órganos estatales normales y se caracteriza por la concentración marcada de poder. es un régimen no democrático, al igual que la tiranía, el despotismo, el absolutismo y el autoritarismo. La dictadura es una monocracia o gobierno de un pequeño grupo, que no es hereditaria o legítima o dotada de una legitimidad precaria, por lo general una dictadura está vinculada a una sociedad en vía de transformación, con una participación ampliada o incipiente; nace generalmente de la crisis y de la disgregación de una democracia o de un régimen político tradicional. La dictadura no se basa en la tradición o aceptación pasiva de la población, sino que se instaura utilizando la movilización política de una parte de la sociedad y sometiendo con violencia a la otra parte.

Stoppino define igualmente el término **autocracia** que a diferencia de dictadura no tiene una connotación histórica precisa. Particularmente autocracia denota un grado máximo de absolutismo en la dirección de la personalización del poder, se detenta un poder ilimitado sobre los súbditos; el jefe de gobierno es independiente de otros gobernantes, que están plenamente subordinados a él. Autocracia tiene relación con el término dictadura, porque la misma es por lo general un régimen autocrático si se centra el poder en la figura de un solo jefe, pero también

Se entiende por autocracia, el régimen político que no permite que se hagan elecciones competitivas, que limita legalmente el pluralismo político y que se asocia generalmente con la existencia de un solo líder o de un pequeño círculo de personas que ostentan el poder⁴⁹.

Un factor que cuenta para que en los regímenes democráticos se den menos actos de expropiación es el hecho de que en ellos el poder del ejecutivo se restringe más que en una autocracia, tal como se expuso anteriormente; además porque las democracias permiten un debate entre diferentes intereses políticos.

Los regímenes democráticos estimulan más la IED que las autocracias y por esta razón generan menos riesgos a la misma, además restringen más el poder político de los gobernantes, según lo afirma el autor ya citado.⁵⁰

Un ejemplo de lo anterior, es lo que ha venido sucediendo en Venezuela, donde el presidente Hugo Chávez, solo en abril de 2006 expropió dos campos de petróleo propiedad de firmas petroleras extranjeras; en ese mismo año, el presidente hizo unas reformas a las leyes de propiedad y fundándose en ellas, tomó propiedad de miles de acres de tierra pertenecientes a la compañía inglesa, productora de carne, Vestey Group⁵¹.

En enero de 2007 el mandatario dijo: *“todo aquello que fue privatizado, nacionalícese”*, y en enero de este año amenazó con expropiar las fincas de los

pueden haber dictaduras no autocráticas, donde el poder lo tiene un pequeño grupo de jefes que dependen el uno del otro. El autor también da un significado general de autocracia, según el cual la misma es una clase de régimen antidemocrático o no democrático por entero; esta última acepción fue adoptada por Kelsen y Carl J. Friedrich.

⁴⁹ Definición tomada de LI, Quan. En “Democracy, Autocracy and Expropriation of Foreign Direct Investment”. Pág. 15. En [li_S1100_...pdf \(222,0 KB\)](#)

⁵⁰ LI, Quan. Ob. Cit. Pág. 28 y 29

⁵¹ LI, Quan. Ob Cit. Pág. 27

productores que vendan leche cruda a particulares por encima del valor oficial fijado por el gobierno⁵².

En 2007 adquirió el control de la Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela (CANTV), empresa que era controlada por la corporación estadounidense Verizon y este año ya firmó el decreto de nacionalización de la Siderúrgica del Orinoco “Sidor”, controlada por Ternium S.A, que tiene como accionista al conglomerado italo-argentino Techin. El presidente Chávez decidió nacionalizar esta compañía después de que la misma se negó a negociar con sus trabajadores un nuevo contrato colectivo⁵³.

Este mismo año el mismo presidente también anunció la nacionalización de toda la industria cementera, de esta manera se vería afectada igualmente la compañía de Cementos mexicanos “Cemex”⁵⁴.

Este ejemplo ilustra que en regímenes como el venezolano, que se declara a sí mismo como popular, se opone al capitalismo⁵⁵, tiene un poder ejecutivo centralizado y en donde el presidente se presenta como un líder nacionalista y como una fuerza por encima de los intereses de clases antagónicas, a fin de preservar el poder de la capa social dominante⁵⁶, se ve un número considerable de actos expropiatorios en un corto periodo.

⁵²“Chávez amenaza con expropiaciones” en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_72000_00/7200062.stm. 21 de enero de 2008.

⁵³ En: <http://www.cantv.com.ve/seccion.asp?pid=1&sid=1651¬id=2649> y en “Chávez firmó el decreto para la nacionalización de Sidor” Tomado de http://www.lanacion.com.ar/economia/nota.asp?nota_id=1008803&origen=rss Mayo 1 de 2008

⁵⁴ “Da Venezuela explicación a SER sobre caso Cemex” Diario la Jornada. 4 de Abril de 2008. En: <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2008/04/04/embajador-chaderton-acude-a-sre-para-tratar-expropiaciones>

⁵⁵ Contrario a esta postura, algunos sectores opinan que lo que el gobierno del presidente Chávez hace, es usar una retórica nacionalista para adquirir activos que considera estratégicos, sin que finalmente haya ilegalidad en las acciones por él ejercidas.

⁵⁶ Revista perspectiva mundial vol 25 No 1 “Venezuela, régimen arremete contra sindicatos” por Hilda Cuzco. Enero de 2001. Documento electrónico disponible en: www.perspectivamundial.com/2001/2501/250104.shtml

El estudio muestra finalmente, que siempre las democracias otorgan más seguridad en lo que se refiere a la protección de los derechos de propiedad y en la reducción de riesgos para los inversionistas extranjeros, por las razones expuestas anteriormente; esto no quiere decir que los gobiernos democráticos no realicen actos de expropiación, ni que siempre los autocráticos lo hagan.

El autor afirma lo anterior, señalando los resultados arrojados por el estudio que señalan que tanto en regímenes autocráticos como democráticos pueden presentarse expropiaciones, y que aunque se presenta con menos frecuencia en las últimas, puede ocurrir que éstas expropian más “cuando sus líderes enfrentan pocas restricciones a sus políticas de gobierno y además si se trata de países que cambian muy frecuentemente de gobernantes. Igualmente, puede ocurrir que un régimen autocrático expropie menos activos extranjeros si le ponen unas limitaciones considerables al poder político y si los líderes de esos países permanecen en el poder por un largo periodo.

En esencia, los incentivos políticos a los jefes del poder y la capacidad de hacer política determinan las decisiones sobre expropiación”⁵⁷

2.6 EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Pasando ahora al tema de la expropiación indirecta, se puede empezar diciendo que, en el ámbito internacional, siempre que un extranjero se someta a la ley del Estado donde piensa adquirir bienes, puede hacerlo, sean estos tangibles o intangibles. Lo anterior no quiere decir que el Estado receptor de la inversión en ejercicio de su soberanía pueda restringir en todos los casos la propiedad adquirida por el extranjero.

⁵⁷ Li, Quan. Latest version of "Democracy, Autocracy, and Expropriation of Foreign Direct Investment" Comparative Political Studies. Pág 1 En: [fdi_prote...pdf \(246,0 KB\)](#)

La soberanía del Estado anfitrión puede verse restringida en la medida en que el Derecho Internacional protege el derecho de propiedad de los extranjeros⁵⁸. Además de verse restringida la soberanía, el Estado receptor de la inversión puede también tener responsabilidad por los actos u omisiones que equivalgan a una violación del Derecho Internacional.

La Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió a lo anterior en el caso *Chorzow*⁵⁹ cuando dijo: *“Es un principio del Derecho Internacional y además una concepción general del Derecho que cualquier incumplimiento de los compromisos envuelve la obligación de hacer la respectiva reparación”*⁶⁰

Los Estados buscan atraer IED para incentivar el crecimiento económico. Por su parte, los inversionistas extranjeros pretenden que los Estados interfieran lo menos posible en sus derechos e intereses; procuran además la disminución de las barreras de acceso al mercado y evitar problemas en la protección y establecimiento de la Inversión. En este ámbito los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI) y las disposiciones sobre inversiones de los Tratados de Libre Comercio (TLC) se han convertido en el mejor camino para proteger la inversión, por medio de regulaciones que le ofrecen garantías al inversionista.

Estas garantías buscan disminuir los riesgos inherentes a la IED y establecer

⁵⁸ En CIADI, *Amco Asia Corp., Pan American Development Ltd., y P.T. Amco Indonesia v. República de Indonesia*, CIADI Caso No. ARB/81/1, el tribunal consideró: “es una norma generalmente aceptada de Derecho Internacional, claramente establecida en sentencias y laudos internacionales y generalmente aceptada en la doctrina, que un Estado tiene el deber de proteger a los extranjeros y a sus inversionistas frente a actos ilegales cometidos por algunos de sus ciudadanos... Si tales actos son cometidos con la asistencia activa de órganos del Estado tiene lugar una violación de Derecho Internacional”. En el Artículo 13, el *Energy Charter Treaty* de 1994, establece que: “Inversiones de un inversionista de una parte contractual en el área de otra parte contractual, no deben ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que sean equivalentes a nacionalización o expropiación”.

⁵⁹ Se hablará con mayor amplitud del caso *Chorzow* más adelante.

⁶⁰ “it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation” *Chorzow Factory (get v. Pol.)*, 1927 P.C.I.J., ser. A, No.7. Par. 29. En: www.icj-cij.org/ Citado por PAEZ, Marisol. Ob. Cit

un marco regulatorio básico que ofrezca un mínimo de seguridad jurídica a los inversionistas.

Un concepto estricto de expropiación, que ya fue expuesto anteriormente, se refiere a la transferencia del título de propiedad⁶¹, que implica la nacionalización de una propiedad privada para hacerla propiedad del Estado; además de este concepto, el Derecho Internacional habla también de la expropiación indirecta. Ésta se da cuando el inversionista alega que una ley, decreto, actuación administrativa o política pública atenta contra su derecho a la propiedad, razón por la cual reclama indemnización estatal. En tanto se reconozca la existencia de una expropiación indirecta, el Estado inversionista tendrá derecho para demandar al Estado anfitrión cuando considere que éste tome medidas que disminuyan sus ganancias, sean ciertas o probables⁶². En ésta el inversionista conserva el título de la propiedad.

Normatividades como las de algunos países europeos tienen un concepto restringido de actos o medidas de la administración del Estado, en tanto entienden por éstos, las decisiones formales que emitan sus órganos y que contengan declaraciones de voluntad del poder ejecutivo realizadas en el ejercicio de una potestad pública. Sin embargo, hay tratadistas y normativas que le dan más amplitud al incluir además los actos dictados por órganos de los poderes judicial y legislativo⁶³.

⁶¹ MAGDALENA, Ignacio, "Foreign Direct Investment and the Protection of the environment: the Border Between National Environmental Regulation and Expropriation", *European Environmental Law Review*, Vol. 12. No 3, 2003, p. 72. En el contexto del derecho internacional, propiedad se refiere a la propiedad de bienes tangibles e intangibles. El Tribunal que resolvió las controversias entre Iran-Estados Unidos señaló en el caso *Starret Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*: "[the claimants] rely on precedents in international law in which case measures of expropriation or takings, primarily aimed at physical property, have been deemed to comprise also rights of a contractual nature closely related to the physical property ...". Asimismo, en el Protocolo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el concepto de propiedad es definido haciendo referencia a todos los intereses del propietario: "movable or immovable property, tangible and intangible interests, such as shares, patents, an arbitration Laudo, the entitlement to a pension, a landlord's entitlement to rent, the economic interests connected with the running of a business and the right to exercise a profession".

⁶² Derechos y economía. No. 1 Enero-marzo de 2007. Documento electrónico: <http://www.djs.org.co>

⁶³ PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

La primera vez que se habló del concepto de expropiación indirecta fue en una sentencia⁶⁴ de la Corte Suprema de Estados Unidos. El magistrado *Oliver Wendell Holmes* redactó la decisión en 1922 en el sentido de que si un Estado emitía regulaciones tan restrictivas que hacían que el propietario fuera privado del aprovechamiento económico de su tierra, esa regulación equivalía a una expropiación de acuerdo a la quinta enmienda de la constitución de Estados Unidos⁶⁵.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, el Derecho Internacional protege la propiedad de los extranjeros por medio del pago de una indemnización⁶⁶. Es fácil distinguir cuándo se tiene que pagar si hubo una expropiación directa, porque solamente debe fijarse si hubo transferencia de la propiedad. El problema surge cuando se trata de establecer si el Estado emitió una simple medida regulatoria o se trató de una interferencia ilegítima en los intereses del inversionista extranjero.

Aunque un alto número de demandas presentadas ante tribunales internacionales pretenden que se determine si un acto de la administración es o no una expropiación indirecta⁶⁷, todavía no se ha establecido claramente cuál es la línea que separa el concepto de expropiación indirecta de la simple

⁶⁴ En la sentencia 260 U.S. 393 de 1922, en el caso "Pennsylvania Coal vs Mahon"

⁶⁵ Citado por MORALES CARRASCO, Omar en "Régimen Jurídico de Expropiaciones ante el Derecho Internacional". Documento electrónico disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Omar%20Morales%20Carrasco.pdf>

⁶⁶ El artículo 1110(1) del NAFTA establece que: Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar 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 al Artículo 1105(1); y d. mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.

⁶⁷ Por ejemplo: United States Foreign Claims Settlement Commission, Iran-United States Claims Tribunal, The European Commission on Human Rights and the European Court of Human Rights.

medida regulatoria gubernamental que no requiere indemnización; por esto, todavía esa diferenciación depende de las circunstancias y hechos específicos de cada caso.⁶⁸

A pesar de lo anterior, han venido surgiendo criterios que explican cómo en los nuevos TLCs puede determinarse si un acto o una serie de ellos, en una situación de hecho específica constituyen o no una expropiación indirecta; igualmente se requiere una investigación factual que considere aspectos como: (i) el impacto económico del acto gubernamental, aunque el hecho de que un acto o una serie de actos de una parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta ha ocurrido; (ii) la medida en la cual la acción del gobierno interfiere con expectativas inequívocas y razonables en la inversión; y (iii) el carácter de la acción gubernamental.⁶⁹

Aunque con posterioridad se expondrá más a fondo el concepto que tiene el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias referentes a la Inversión sobre expropiación indirecta, es importante mencionar en este punto que algunos de los laudos proferidos por los tribunales que aplican el reglamento del CIADI, se han referido al tema de cómo determinar si se dio un acto expropiatorio, lo que no quiere decir que con esto se haya creado un criterio uniforme de cómo hacerlo.

Se ha dicho que dependiendo de la finalidad de la actuación de la administración puede determinarse si hubo expropiación indirecta o no. Existen dos posturas frente a lo anterior. El tribunal de arbitramento que resolvió el caso *Metalclad* del cual se hablará con mayor amplitud posteriormente, expresó que aunque la expropiación se diera por propósitos medioambientales, siempre

⁶⁸ "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law" Directorate on Financial and Enterprise Affairs, Working Paper on International Investment 2004/4 Septiembre 2004, p. 3. OCDE, en <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

⁶⁹ "Capacitación para Funcionarios Gubernamentales sobre Comercio y Medio Ambiente" en <http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentos/ModuleIIdoc/MODULO%20IIC%20FINAL%20NEW%20Template.pdf>

debía pagarse una indemnización. Ésta posición pertenece a la llamada doctrina del “*Solo Efecto*” la cual se preocupa por el efecto que la expropiación ocasiona en los intereses del inversionista, sin mirar la finalidad que tenía la medida administrativa; por eso según esta doctrina, siempre que haya perjuicio tendrá que haber igualmente indemnización.

La doctrina contraria es llamada “*Poder de Policía*” que se preocupa por el interés que envuelve la actuación gubernamental, dice que las medidas del Estado se justifican por el objetivo que persiguen. Por eso, el Estado no tiene la obligación de pagar indemnización cuando actúa en virtud de ese objetivo⁷⁰. Laudos que han adoptado esta posición han dicho que sería muy difícil proteger el medio ambiente si tuviera que compensarse a cada negocio que se vea afectado con la búsqueda de ese propósito⁷¹.

La duración de la actuación es otro criterio que ha sido utilizado en algunos laudos del CIADI para establecer si hubo expropiación indirecta o no. En esos casos el tribunal dijo que es necesario que se dé una privación permanente del derecho de propiedad para que pueda hablarse de expropiación indirecta⁷². Es importante mencionar que la costumbre internacional también considera que para que pueda hablarse de expropiación indirecta es necesario que el acto tenga una vocación de permanencia.

La escritora Marisol Páez señaló en su artículo “*La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados*” seis actos de la administración que se consideran expropiación indirecta. Esos actos son: La expropiación de bienes intangibles, la

⁷⁰ PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

⁷¹ En el caso Feldman el tribunal dijo: Los gobiernos tienen que ser libres en la búsqueda de la protección del medio ambiente, esa protección no sería posible si tuviera que compensarse a cada negocio que se vea afectado como consecuencia de ella. Laudo disponible en: www.icj-cij.org/

⁷² Ocurrió en casos como el de Metalclad, Tecmed y Generation Ukraine. En el caso de Tecmed el tribunal dijo que hay expropiación indirecta de las medidas que tomó el Estado son irreversibles y permanentes. Laudos disponibles en www.icj-cij.org/

expropiación de inmuebles, las transacciones forzadas, el rechazo a devolver la propiedad, la imposición en el control gerencial de la propiedad y la prohibición de transferir fondos o bienes fuera del país⁷³.

En el laudo con radicado número ARB(AF)/99/1 del CIADI, que decidió el caso de *Marvin Feldman* versus Estados Unidos Mexicanos⁷⁴ se indicó que actos como la imposición de regímenes regulatorios arbitrarios, el negarse a vender materias primas necesarias para la producción y el imponer impuestos confiscatorios también podrían considerarse como actos expropiatorios.

La anulación de licencias y permisos y la apropiación de un derecho de propiedad han sido también tomadas por actos expropiatorios según algunas decisiones del CIADI⁷⁵.

Es importante dejar claro que hasta ahora, ni el estatus legal de la expropiación, ni el estándar que debe usarse para hacer la indemnización ha sido claramente establecido por el Derecho Internacional. Esto le deja mucha discrecionalidad a los gobiernos para definirlo por sí mismos⁷⁶.

De lo anterior se puede concluir que el concepto de expropiación indirecta cobra importancia en la medida en que es necesario para poder establecer la responsabilidad de un Estado debido a los actos que su administración haga sobre la propiedad de extranjeros.

⁷³PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

⁷⁴ Laudo disponible en: www.icj-cij.org/

⁷⁵ En el caso *Metalclad* por ejemplo se dijo que el no poder continuar en el negocio debido a la no renovación de una licencia se constituía en una Expropiación indirecta, Igualmente ocurrió en el caso *Tecmed* en el cual se negó la renovación de una licencia, circunstancia que el CIADI consideró un acto de Expropiación Indirecta.

⁷⁶ LI, Quan Ob. Cit. Pág. 7. En [li_S1100_...pdf \(222,0 KB\)](#)

2.6.1 Regulación de la expropiación indirecta en el Derecho Internacional.

Ya se había anticipado que en 1922 fue la primera vez que se habló de expropiación indirecta. Desde esa misma década, se empezaron a presentar en los tribunales de arbitraje internacional controversias sobre E.I. de IED. Casos como el de la fábrica *Chorzow* y el de *Norwegian Shipowners*, los cuales se resolvieron con base en la costumbre internacional, son ejemplos de ello y se hablará sobre los mismos cuando se toque el tema de la evolución de la E.I. en la jurisprudencia internacional.

A pesar de lo anterior, sólo a partir de la década de los 50 se empezaron a suscribir instrumentos internacionales referentes a Expropiación Indirecta, en 1959 se firmó el primer APPI⁷⁷ entre Pakistán y Alemania⁷⁸.

Los Estados decidieron comenzar a suscribir acuerdos para proteger la propiedad privada de la expropiación indirecta, a raíz de las nacionalizaciones que se estaban dando por parte de países en desarrollo y socialistas desde que terminó la Segunda Guerra Mundial⁷⁹.

La primera vez que se hizo una prohibición formal de expropiación indirecta fue en 1961 en el anteproyecto de la “Convención de Harvard sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados por Perjuicios Causados a Extranjeros”⁸⁰ (*Harvard Draft Convention on the International Responsibility of*

⁷⁷ El origen de estos acuerdos se le atribuye a los acuerdos de amistad, comercio y navegación.

⁷⁸ PAEZ, Marisol. Ob. Cit

⁷⁹ WEINER, Allen S., “Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes”, *Forum du droit International*, Vol. 5, No 3, 2003, p. 16

⁸⁰ Ésta en su artículo 10(3)a dice que “tomar propiedad no solo incluye una apropiación que sea indiscutible, sino también cualquier interferencia irrazonable en el uso, disfrute, o disposición de la propiedad que traiga como consecuencia para el dueño el que no pueda usarla, disfrutarla o disponer de ella durante un periodo razonable de tiempo después del comienzo de dicha interferencia”

States for Injuries to Aliens), de ella surgió además, el principio de interferencia no razonable en el uso de la propiedad privada⁸¹. Después, en 1967 la misma convención de la OCDE hizo un señalamiento más concreto de la expropiación indirecta cuando dijo: “ninguna parte tomará ninguna medida que prive directa o indirectamente de su propiedad a la otra parte”⁸².

Otros organismos que se han referido a la expropiación indirecta son el Comité para el desarrollo del Banco Mundial que en 1992 elaboró una guía para los Estados en lo que se refiere al tratamiento que le deben dar a la inversión extranjera que reciban en su territorio⁸³; y la OCDE que presentó entre 1995 y 1997 un proyecto de tratado de inversión multilateral donde también incluyó el tema de la expropiación indirecta⁸⁴.

Para terminar con el tema de la evolución de la expropiación indirecta en la legislación internacional, se puede decir que las cláusulas que se refieren a la aplicación del tratado, el acceso al mercado, el establecimiento y la protección a la inversión y el mecanismo de solución de controversias se tratan de manera muy similar en la mayoría de los Acuerdos de Promoción y Protección de

⁸¹ APPLETON, Barry, “Regulatory Takings: the International Law Perspective”, New York University Environmental Law Journal, Vol. 11, 2002, p. 40

⁸²El artículo 324 de la Draft Convention on Protection of Foreign Property, de la OCDE lo estableció así. Texto de la Convención disponible en: www.oecd.org/LongAbstract/0,3425,es_2649_34863_39286576_119672_1_3_1,00.html - 15k –

⁸³ En su artículo IV (1) sobre expropiación y alteraciones unilaterales o terminación del contrato dispuso que “Un Estado no puede expropiar o tomar total o parcialmente la propiedad de una inversión extranjera que esté en territorio, o tomar medidas que tengan efectos similares, excepto cuando se haga siguiendo los procedimientos legales aplicables, buscando un fin público, sin discriminación de las bases de nacionalidad y pagando una compensación adecuada”.

⁸⁴ En éste se seguían más o menos los mismos lineamientos que se han venido exponiendo, en tanto establecía que no se podría expropiar directa o indirectamente una IED a menos que fuera por un propósito público, sin discriminación, siguiendo el debido proceso y con un pago pronto y adecuado de una compensación. Información disponible en la <http://www.oecd.org/dataoecd/46/40/1895712.pdf>

Inversiones o BIT y en los capítulos que tratan el tema de la inversión en los TLC⁸⁵.

Los BIT han empezado a incorporar regulaciones que buscan proteger al inversionista más allá de la expropiación directa. Esto se puede ver en el artículo 1110 del NAFTA en el que se lee: “Ninguna de las partes podrá directa o indirectamente expropiar una inversión o adoptar una medida equivalente a una expropiación”⁸⁶, igualmente se ve en artículo 10.7 del TLC que ha sido negociado entre Colombia y EUA⁸⁷. Generalmente todos incluyen cláusulas como: “medidas de expropiación o nacionalización o cualquier otra medida que provoque directa o indirectamente la pérdida de la posesión”, “teniendo el efecto equivalente a nacionalización o expropiación”, “cualquier medida directa o indirecta” o “cualquier otra medida que tenga la misma naturaleza o efecto contra la inversión”⁸⁸.

2.6.2 Evolución de la expropiación indirecta en la jurisprudencia internacional. Después de haber hecho una exposición de cómo ha evolucionado el tema de la expropiación indirecta en la legislación internacional, se expondrá cómo se ha dado el avance en la Jurisprudencia.

Conforme a lo establecido por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del Derecho Internacional son:

“a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

⁸⁵ KHALAF MASA' DEH, Ahmad, “International Rules for Investment and Investors: Light at the End of the Tunnel?”, *European Business Law Review*, 2000, p. 163.

⁸⁶ Texto disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp

⁸⁷ Texto disponible en: <http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=5023>

⁸⁸ PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

- b. La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.”⁸⁹

Por eso, la función que desempeñen los tribunales sean ad-hoc, institucionales, nacionales o internacionales es primordial para poder entender aplicación del concepto de expropiación indirecta. A continuación se presentaran dos de las más relevantes decisiones de tribunales internacionales que tienen relación con el tema.

En 1922 se produjo una controversia conocida como *Norwegian Shipowners*, que versó sobre el monto de la indemnización que debía pagarse a los dueños de astilleros noruegos que tenían contratos de construcción de barcos con firmas estadounidenses. Cuando Estados Unidos entró en la Primera Guerra Mundial, requisó barcos en construcción, materiales y equipamiento⁹⁰.

Los dueños de los astilleros noruegos alegaron ante la Corte Permanente de Arbitraje que la indemnización debía incluir, además del valor de los barcos requisados, el pago por los contratos de construcción, que no podrían cumplir. Por su parte, Estados Unidos sostuvo que lo requisado era solo parte de los barcos en construcción y no los contratos por lo cual la indemnización no podía incluirlos y argumentó que, de acuerdo con el derecho internacional, los derechos contractuales no eran derechos de propiedad.

⁸⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia artículo 38. Documento electrónico disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

⁹⁰ PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

La Corte falló en favor de los noruegos, señalando que se había producido una expropiación de facto y que la indemnización debía ser de acuerdo con un justo valor de mercado.”⁹¹

Otro caso de gran relevancia fue el de la fábrica *Chorzow*⁹², este caso se trató de una expropiación que en 1926 hizo el gobierno Polaco a una fábrica Alemana llamada *Oberschlesische*, la cual era administrada por otra compañía alemana llamada *Bayerische*, que se encontraba situada en la población de Chorzow en Polonia. El problema se centraba en determinar si debía pagarse por contratos y patentes comerciales en la indemnización.

Aunque el Gobierno de Polonia dijo que el propósito de la expropiación no tenía nada que ver con los contratos y patentes comerciales, la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que en ese caso se estaba frente a una Expropiación Indirecta, diciendo que era claro que los derechos de *Bayerische* a explotar la fábrica y a recibir la remuneración pactada habían sido vulnerados con la toma de la empresa por parte de Polonia⁹³.

La Corte al referirse a este caso estableció un principio de reparación diciendo: “Es un principio de derecho internacional que la reparación de un mal puede consistir en una indemnización que corresponda al daño que han sufrido los nacionales del Estado afectado, como resultado del acto que es contrario al derecho internacional”⁹⁴.

La Corte dijo que la toma de una empresa industrial, cuya expropiación está prohibida, implica el deber para el Estado de restaurarla o de pagar el valor de la misma en caso de que no sea posible restituirla. Actualmente la Corte dice que la protección diplomática es la situación en la que el Estado defiende uno

⁹¹ PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

⁹² Chorzow Factory (get v. Pol.), 1927 P.C.I.J., ser. A, No.7. Par. 29. En: www.icj-cij.org/

⁹³ PAEZ, Marisol. Ob.Cit.

⁹⁴ Chorzow Factory (get v. Pol.), 1927 P.C.I.J., ser. A, No.7. Par. 29. En: www.icj-cij.org/

de sus nacionales a quien sus derechos le han sido desconocidos por otro Estado, con violación del Derecho Internacional.

Los dos casos anteriores son importantes primero, porque han demostrado que la interferencia en la propiedad se constituye en expropiación⁹⁵, que los derechos intangibles han empezado también a ser protegidos⁹⁶ y por último, el caso *Chorzow* sirvió para que como consecuencia de él se estableciera un principio de reparación de los daños que ocasione un Estado a un inversionista con ocasión de la violación al Derecho Internacional.

Los tribunales internacionales han recibido otros casos relacionados con expropiación indirecta, tales como el *Barcelona Traction*, el *Starrett Housing* y el *Sea Land*⁹⁷.

Para concluir se puede decir que después de estudiar algunos de los casos que sobre expropiación indirecta se han presentado, se encuentra que por lo general las decisiones de los tribunales no siempre siguen la misma línea, y que la decisión depende de cada caso concreto. Así lo confirma Allen S. Weiner⁹⁸, quien sostiene que la jurisprudencia sobre expropiación indirecta y la práctica de los Estados revelan tensiones entre las tendencias doctrinarias, unas de ellas a favor de los dueños de la propiedad y otras a favor de la autoridad regulatoria de los Estados.

⁹⁵ Así lo dice CHISTIE, G. C. en "What Constitutes a Taking of Property Under International Law?", Anuario Británico de Derecho Internacional, Vol. 38, 1962, p. 311.

⁹⁶ El Derecho Internacional tradicionalmente solo protegía derechos corporales en el concepto de Derecho de Propiedad. Así lo dice Rudolf Dolzer en "Indirect Expropriation of Alien Property", Diario de Derecho sobre Inversión Extranjera. Vol. 1, No 1, 1986, p. 42.

⁹⁷ Ver sentencia en www.ijc-cij.org/

⁹⁸ Así lo dice en su libro "Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes" Forum du droit International, Vol. 5, No 3, 2003, p. 169.

2.7 RELACIÓN DEL CIADI CON LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones se ha constituido en una vía para la solución de controversias que se suscitan con ocasión de la expropiación indirecta.

Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, los Gobiernos buscan proteger su industria nacional, el medio ambiente y la salud; los inversionistas extranjeros por su parte buscan que sus derechos sean protegidos en el Estado en donde deciden invertir⁹⁹, en esa medida la expropiación indirecta se ha convertido en un tema relevante; por eso para solucionar los conflictos que surgen como consecuencia de la presión que se da por la búsqueda de la protección de los intereses de cada parte, en 1965 a iniciativa del Banco Mundial se creó el CIADI con la suscripción del tratado de Washington.

El principal fin del CIADI es brindar servicios internacionales de conciliación y arbitraje en controversias referentes a inversión, para incentivar así la inversión extranjera.

Las controversias sobre Expropiación Indirecta y los problemas en torno a la regulación de la inversión extranjera han ido reemplazando las tradicionales demandas que recibía el CIADI, que la mayoría de las veces eran sobre expropiación directa¹⁰⁰.

De las demandas que recibe el CIADI han salido varios laudos arbitrales de los cuales se puede inducir cuál es el concepto que de Expropiación Indirecta tiene este organismo.

⁹⁹ DOLZER, Rudolf, "Indirect Expropriation of Alien Property", Diario de Derecho sobre Inversión Extranjera, Vol.1, No 1, 1986, p. 42.

¹⁰⁰ YANNACA-SMALL, Catherine, "Indirect Expropriation" y "The Right to Regulate" en Derecho sobre Inversión Extranjera, Organización para la cooperación económica y el desarrollo, No 4, 2004, p. 1-22.

2.7.1 Definición de expropiación indirecta según las decisiones arbitrales del CIADI. Muchos de los laudos resueltos de acuerdo con la regulación del CIADI que han dirimido controversias relacionadas con expropiación indirecta, han reflejado un concepto amplio expropiación, diciendo que para que ésta se dé basta con que haya una privación del derecho de libertad y que no es necesario que haya una transferencia del mismo.

Uno de los casos que se refirió al concepto de Expropiación Indirecta fue el de *Metalclad Corporación vs. México*, en esa oportunidad el tribunal concluyó que la privación del derecho de operar la planta construida por el inversionista para dispensar desechos tóxicos se constituía en una expropiación¹⁰¹.

En ese caso el tribunal emitió, así como ya se había anticipado, un concepto amplio de expropiación cuando dijo que la misma según el NAFTA, no solamente incluye apropiaciones reconocidas, abiertas y deliberadas, como lo sería una toma rotunda o una transferencia obligatoria del título de la propiedad a favor del Estado anfitrión, sino que también incluye la interferencia incidental o disimulada en el uso de la propiedad, lo que tiene como consecuencia la privación en todo o en parte del uso de la propiedad por parte del dueño. Además, se considera que hay expropiación si se priva al dueño de los beneficios económicos que razonablemente podían ser esperados¹⁰².

El criterio con el que el CIADI resolvió el caso *Metalclad* se ha convertido en una guía para darle solución a otros casos. A pesar de esto, es criticado por muchos debido a la protección tan amplia que le otorga al inversionista.

El CIADI también ha adoptado posturas contrarias a la del concepto amplio de expropiación. Esto lo hizo en el caso *Santa Elena* en el que dijo que se

¹⁰¹ Tomado del Boletín del observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas: "Derechos y Economía: ¿Es constitucional el TLC? RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar y RODRIGUEZ FRANCO, Diana. Numero 1. Enero – Marzo de 2007. Pág. 10. En: <http://www.djs.org.co>

¹⁰² *Metalclad Corporation V Estados Unidos Mexicanos*. Caso No ARB (AF)/97/1 del CIADI, 30 de agosto de 2000. Laudo disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

entiende que hay expropiación cuando el efecto de la medida que toma el Estado priva al dueño de la titularidad del bien, de su posesión o del acceso a los beneficios económicos que puedan derivarse de su uso¹⁰³.

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

2.7.2 Algunos actos que no constituyen expropiación. Los laudos del CIADI también han expresado cuáles actos no constituyen expropiación indirecta y consecuentemente no generan la obligación de indemnizar para el Estado receptor de la inversión. Tal es el caso de cuando debido al mal desempeño del Estado anfitrión para enfrentar una crisis económica se ve afectado el inversionista¹⁰⁴.

El CIADI ha entendido que tampoco hay expropiación cuando la misma se da como consecuencia de una acción de la población, pues se requiere que el acto sea del Estado para que pueda hablarse de expropiación. Lo mismo ocurre con el incumplimiento contractual, que por sí solo no determina que haya expropiación indirecta¹⁰⁵.

¹⁰³ Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. V República de Costa Rica. Caso ARB(AF)/96/1. 17 de febrero de 2002. Laudo disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

¹⁰⁴ Tal fue el caso Middle East en el que el tribunal dijo que para que pudiera aceptarse que había habido expropiación tendría que haber una medida cuyos efectos fueran equivalentes a la misma. Además dijo que no se cubren las pérdidas sufridas por el inversionista a causa de los riesgos comerciales. Caso Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A V República Árabe de Egipto. Laudo ARB/99/6 del CIADI. 12 de Abril de 2002. Laudo disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

¹⁰⁵ En el caso Waste Management el tribunal dijo que “el solo incumplimiento de una obligación contractual no puede ser equiparado a una confiscación de una propiedad, como tampoco (a menos que esté acompañado de otros elementos) es equivalente a una expropiación. Cualquier parte de carácter privado puede incumplir sus contratos, mientras que la

2.8 CONCLUSIONES

Se puede concluir este capítulo diciendo que existen dos posiciones frente al papel de la expropiación en la economía globalizada contemporánea. Algunos creen que ha ido perdiendo relevancia, en tanto actualmente los Estados buscan atraer inversión extranjera, y lo que lograrían expropiando multinacionales sería ahuyentarla.

Hay posiciones contrarias a lo anteriormente mencionado. Teniendo en cuenta que la IED es vulnerable y se encuentra expuesta a la expropiación, no importa que las multinacionales hayan cobrado gran importancia en el mundo globalizado de hoy, ya que la vulnerabilidad de las inversiones extranjeras sigue siendo la misma y tanto inversionistas, como políticos siguen preocupándose por el tema.

Al conocer los inversionistas su condición de inferioridad frente a los países receptores de la inversión, se preocupan por contratar seguros y firmar tratados, ambos con el fin de proteger sus activos y contar con una herramienta para recuperar las pérdidas.

Con la contratación de seguros buscan que se pague una indemnización y con la negociación de tratados, que se garantice que en caso de que haya expropiación su caso sea llevado a un tribunal de arbitraje internacional, para que éste decida si deben o no recibir compensación por haber sido expropiados, directa o indirectamente. Lo anterior quiere decir entonces, que el riesgo de expropiación siempre constituye un costo económico al inversionista¹⁰⁶.

nacionalización y la expropiación son actos inherentemente gubernamentales”. Tomado de el caso ARB(AF)/00/3 del 30 de Abril de 2004. Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

¹⁰⁶ LI, Quan. Ob. Cit. Pág. 25 y 26. En: [li_S1100_...pdf \(222,0 KB\)](#)

Actualmente más que la expropiación directa, es la indirecta la que está ocupando un lugar importante en los litigios internacionales provenientes de la Inversión Extranjera Directa, sobre todo por las controversias y problemas que se desencadenan para resolver la pregunta ¿Qué separa la mera medida regulatoria del Estado, de la interferencia ilegítima que puede llegar a considerarse expropiación indirecta?

Frente a esta pregunta no se tiene una respuesta contundente. La costumbre internacional no trae los parámetros para decidir sobre esta cuestión y aunque sí es posible encontrar criterios similares en algunas decisiones de los tribunales internacionales de arbitramento, no existe una línea jurisprudencial definida en los mismos, tal ha sido el caso del CIADI que no ha adoptado una posición en el mismo sentido en todos los casos.

Sin embargo sí puede predicarse que existen dos posiciones que son acogidas en laudos de los tribunales. Una conservadora que entiende como expropiación solo la privación del título o beneficios económicos de la propiedad, y una más amplia que no exige que haya transferencia de dueño para que pueda hablarse de expropiación, sino que basta con la privación del derecho de propiedad.

Por estar el tema de la expropiación indirecta adquiriendo tanta importancia en el Derecho Internacional es necesario entonces que los Estados traten de evitar que se presenten eventuales conflictos como consecuencia de ella. Por eso es primordial que a la hora de firmar tratados y acuerdos sobre inversión, se establezca con claridad cuál será el concepto de expropiación indirecta, su alcance y consecuencias.

Definir qué es utilidad pública y en qué casos se considerará que los actos regulatorios que desempeñe el Estado receptor de la inversión pueden ser constitutivos de expropiación indirecta, son también medidas que evitarían que se presentaran controversias y que en caso de que así sucediera, no fuera un

Tribunal Internacional quien tuviera que decidir qué se entiende por cada concepto que las partes no clarificaron.

Termina este capítulo enunciando la importancia de los Tribunales de Arbitraje en el tema de la expropiación indirecta. Tal como se expuso, son ellos quienes deciden las controversias que se suscitan en virtud de la IED y en ocasiones terminan además emitiendo conceptos que las partes no dieron en los acuerdos, y que son necesarios para poder definir si hubo o no violación del Derecho Internacional.

3. ARBITRAJE INTERNACIONAL

En la actualidad no es posible que los países escapen al fenómeno de la globalización de los mercados, en lo que tiene que ver con sus asuntos económicos, financieros y comerciales; esto se hace más difícil todavía debido a que los sistemas de integración existentes lo que buscan es la implantación de redes globales de comercio y una total apertura de las fronteras.

La integración obligada que ha generado la globalización ha creado un comercio más libre, con mayores posibilidades de inversión de capital y de establecimiento de negocios en otros países¹⁰⁷. Esta integración que es creciente proviene del desarrollo de las comunicaciones y la tecnología, que han permitido que las transacciones se realicen en tiempo real y que los mercados estén cada vez más deslocalizados, descentralizados e interconectados.

En este contexto, la IED ha crecido a un ritmo acelerado¹⁰⁸, sobre todo en América Latina, una de las regiones en desarrollo del mundo más fructíferas en la suscripción de acuerdos internacionales sobre la materia. En efecto, los

¹⁰⁷ CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David. "El Arbitraje en la Encrucijada entre la Globalización y sus Detractores". En Revista de la Corte Española de Arbitraje" 2002. Pág. 17

¹⁰⁸ A finales de la década de los noventa se observa un crecimiento generalizado de la IED cuyo máximo nivel se alcanzó en el año 2000 (U\$ 1.387.953.000); sin embargo, a partir de este año se registra un descenso hasta el año 2003, año a partir del cual tiene lugar una importante recuperación. El comportamiento registrado en América Latina, el Caribe y en general en los países en desarrollo es muy similar a lo registrado a nivel mundial. Para el caso puntual de Colombia, el comportamiento de la IED no fue muy diferente al registrado por el resto del mundo excepto en el año 1999 donde se registraron importantes fugas de capital en los sectores del petróleo, electricidad, agua y gas. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – ONU - World Investment Report 2005)

ambiciosos programas de reformas económicas estructurales que tuvieron lugar a principios de los años noventa y que incluyeron procesos de privatización, desregulación y liberalización del comercio, dieron origen a la suscripción de cerca de 380 tratados para la promoción y protección recíproca de inversiones y varios tratados de libre comercio, dentro de los cuales se incluyen el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Grupo de los Tres (G-3). A nivel global, más de 2000 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) han sido suscritos a mediados de la primera década del siglo XXI¹⁰⁹.

El número de conflictos potenciales y reales que se presentan como consecuencia del crecimiento y tamaño de las transacciones comerciales globales ha crecido a causa del movimiento generado por la globalización; por esto se ha hecho imperante la necesidad de brindar protección efectiva a los inversionistas extranjeros para el buen desarrollo de sus actividades comerciales.

Frente a este movimiento integracionista es menester la implementación de mecanismos jurídicos que permitan solucionar las disputas que surgen entre los diferentes actores internacionales, en tanto en la mayoría de los casos, la insuficiencia de las legislaciones nacionales no permite arreglar las diferencias que se suscitan en el panorama de la economía globalizada.

En este capítulo se estudiará el arbitraje internacional como un mecanismo más ágil para dirimir las diferencias que se dan como consecuencia de las relaciones propias del mercado global. Así mismo, como una herramienta para proteger a los inversionistas de los riesgos de la inversión, entre ellos las expropiaciones indirectas.

El arbitraje es una forma para solucionar conflictos jurídicos. Surge de la voluntad de las partes, quienes deciden sustraerse de la órbita estatal,

¹⁰⁹ REY VALLEJO, Pablo. "El Arbitraje de Inversiones y los Retos de la Globalización". En Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. 2007. Pág. 4

acudiendo a este mecanismo. No todas las diferencias que se den entre las partes pueden llevarse ante un tribunal de arbitraje, sino solamente las que permita la ley. Por ejemplo el orden público, las normas imperativas e irrenunciables, no pueden en principio ser llevadas ante un tribunal de arbitramento¹¹⁰.

3.1 EL ARBITRAJE EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA

En la economía global en la que hoy se vive, el arbitraje se ha convertido en la principal figura para la solución de controversias, en tanto el comercio global se desarrolla en medio de un vacío normativo, al no existir leyes o normatividades que regulen en conjunto todas las transacciones que se dan entre todos los Estados en el nuevo orden económico internacional. La institución del arbitraje se ha vuelto indispensable para el movimiento ágil y práctico del comercio global. Esto se ha visto reflejado en que casi todos los contratos internacionales han empezado a incorporar pactos arbitrales.

La practicidad del arbitraje se denota en su marcada informalidad, que se aleja de exigir muchos formalismos, al brindarle a los actores del Derecho Internacional la posibilidad de adaptar las normas y reglamentos a sus necesidades, adecuándose de esta manera a diferentes culturas, idiomas y tradiciones jurídicas. Estas razones hacen del arbitraje un mecanismo eficaz para la defensa y protección de los derechos de la propiedad privada. Ello genera un ambiente de imparcialidad y transparencia que no puede ser siempre garantizado cuando las disputas son resueltas por tribunales nacionales.

El arbitraje internacional se ha construido con base en instrumentos como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales

¹¹⁰ Eventualmente en caso de que el Estado involucrado proponga una excepción en cuanto a ello el tribunal debe resolver si es competente o no.

Extranjeras de 1958, constituida por la Convención de Nueva York; el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra en 1961; el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, constituido en Convención de Washington de 1965, y la Ley Modelo de Arbitraje de 1985 propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) entre otros.

Todos estos mecanismos se han creado para lograr que el mecanismo del arbitraje se convierta en un sistema normativo eficiente, capaz de dictar laudos que gocen de efectividad en múltiples jurisdicciones. En lo que se refiere a los reglamentos de arbitraje, existen la Cámara de Comercio internacional (CCI) fundada en 1923, la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA); la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) y la Cámara de Comercio de Estocolmo¹¹¹, entre otras.

Como todo acontecimiento importante en la economía, la implementación del arbitraje internacional como herramienta para la solución de controversias, también ha sido objeto de polémica, en tanto algunos sectores opinan que le resta soberanía al Estado y que antepone intereses privados sobre el orden público; que vulnera la función estatal de administrar justicia, en tanto se debe renunciar a los mecanismos nacionales cuando el Estado decide someterse a un tribunal internacional de arbitramento. En lo que se refiere al arbitraje de inversión algunos señalan que viola el principio de igualdad en tanto son solo los inversionistas los que pueden demandar al Estado ante el tribunal¹¹². Estas críticas se tratarán más a fondo posteriormente en este capítulo.

La respuesta dada por los defensores del mecanismo es que los mencionados problemas no deben presentarse, siempre que el arbitraje sea aplicado respetando el orden público internacional y sobre todo los intereses de

¹¹¹ REY VALLEJO. Ob. Cit. Pág. 5

¹¹² RODRIGUEZ GARAVITO, RODRIGUEZ FRANCO. Ob. Cit. Pág. 8

personas o grupos que sin hacer parte del conflicto pueden llegarse a ver perjudicados por las decisiones tomadas por los árbitros.

A pesar de los debates que se generan en torno al arbitraje internacional, muchos Estados han empezado a incluir en sus normatividades principios sobre el mismo, con el fin de adaptarse a la economía globalizada, en tanto este mecanismo se ha convertido en un imán para inversión extranjera directa y además en uno de los fundamentos de la internacionalización de las economías.

3.2 EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN

Históricamente cuando los intereses de un particular se veían vulnerados por las políticas de otro Estado, el particular tenía la posibilidad, pero solo si contaba con el apoyo de su Estado de origen, que debía asumir como propio el caso, de acudir a la llamada “protección diplomática”. Ésta era una herramienta que permitía reclamar diplomáticamente al otro Estado que protegiera los derechos del particular. Para poder acudir a esta vía era necesario que el particular ya hubiera agotado los recursos internos del Estado donde había invertido.

La protección diplomática es un acto internacional de reclamación por la responsabilidad de un Estado por actos discriminatorios contra extranjeros y por la negación de justicia. La cláusula Calvo, mencionada en el capítulo anterior, no permitía que los extranjeros acudieran a la protección diplomática en caso de violaciones contractuales por parte del Estado y les dejaba como único camino los tribunales nacionales¹¹³.

¹¹³ NIETO NAVIA, Rafael. “La paradoja del auge del arbitraje de inversión: están los Estados considerando su apoyo al arbitraje? El caso argentino. En: Arbitraje internacional. Tensiones actuales, 2007 pág. 36. Ed. Legis.

3.2.1 Protección por medio de Tratados Bilaterales de Inversión. En la década de 1960 surgieron los Tratados Bilaterales de Inversión que buscaban que los Estados brindaran garantías a los inversionistas extranjeros. Estas garantías se concretan en que el Estado receptor de la inversión mantenga un cierto grado de estabilidad jurídica y que no hayan medidas confiscatorias o discriminatorias que afecten la inversión. En otras palabras, los TBI surgen como consecuencia de la voluntad de dos Estados soberanos que quieren aumentar las condiciones de seguridad para sus nacionales que decidan establecer inversiones en el otro Estado parte.

Los TBI buscan además, la intensificación de la cooperación económica, con el fin de que ambos países se vean beneficiados, como consecuencia de la promoción y protección de inversiones que permite que las mismas se realicen bajo condiciones claras y de obligatoria ejecución.

Por otra parte los TBI se convirtieron también en la mejor manera para solucionar conflictos sin tener que acudir a la protección diplomática, en la medida en que ellos por lo general otorgan al inversionista extranjero¹¹⁴ la posibilidad de que sea un tribunal de arbitramento quien solucione las diferencias, sin que haya necesidad de acudir primero a su propio Estado.

Los tratados protegen contra riesgos no comerciales, y como ya se había mencionado, generalmente no protegen de la expropiación siempre que ésta se haga por razones de utilidad pública, sin discriminación, pagando una indemnización justa, pronta y efectiva y por medio de un proceso legal.

¹¹⁴ Es necesario que el inversionista sea extranjero, para que el tribunal arbitral pueda ser competente. Los naturales que tengan doble o múltiple nacionalidad no pueden reclamar al Estado del cual son nacionales, se excluyen igualmente los residentes por largo tiempo, salvo que el origen de la inversión sea capital extranjero. Si se trata de personas jurídicas hay varios criterios para determinar si el tribunal es competente, ya sea el lugar del domicilio de la sede social, o la nacionalidad de quienes tienen el control del capital o la propiedad de la sociedad.

Los TBI generalmente definen expropiación de una manera amplia, de tal forma que incluyen medidas de expropiación indirecta y directa, sin diferenciar los dos conceptos; normalmente los tratados contienen cláusulas en las que se exige que exista un motivo de interés público, se prohíbe la discriminación y se exige que haya un proceso judicial y luego una indemnización bajo la ya explicada doctrina Hull; para la indemnización se utiliza el valor del mercado antes que la misma se haga pública. Los tratados también pueden decir que con la indemnización deben pagarse intereses y que el pago debe ser plenamente realizable, libremente transferible y efectuado sin mora.

- **LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TBI**

Los TBI tienen como característica principal que se refieren exclusivamente a inversión. Sin embargo, muchos de ellos incluyen cláusulas referentes al ámbito de aplicación, promoción y admisión de la inversión y normas generales de trato justo, equitativo, trato mínimo, trato nacional, nación más favorecida (principios de los que se hablará más adelante).

El que los TBI se hayan constituido hoy como un instrumento importante para la protección de las inversiones, ha generado la creación de otros mecanismos tales como tratados de libre comercio y tratados multilaterales de cooperación económica, que contienen capítulos sobre inversión, que incorporan los principios fundamentales de los TBI; dentro de ellos están el capítulo 17 del Acuerdo del Grupo de los 3 (G-3) entre Colombia, México y Venezuela, el Capítulo 10 del TLC entre Colombia y Estados Unidos y el capítulo 1 del TLC del América del Norte (TLCAN)¹¹⁵.

Los tratados bilaterales de inversión por lo general otorgan la posibilidad de que los conflictos jurídicos que se susciten entre Estado e inversionista puedan ser resueltos por un tribunal de arbitramento. Sin embargo, las partes pueden

¹¹⁵ REY VALLEJO. Ob. Cit. Pág. 9

pactar lo que deseen en lo que se refiere a cómo se llevará a cabo el arbitraje; pueden estipular que antes de acudir al tribunal, deba concederse a las partes un periodo de negociación para lograr una conciliación¹¹⁶, pueden exigir también que tengan que agotarse primero los recursos internos antes de ir al tribunal arbitral, igualmente pueden elegir cuál será la jurisdicción arbitral a la que se va acudir, ya sea un procedimiento que se haya acordado previamente o uno que se haya estipulado en el Convenio, tal como el arbitraje comercial internacional. Dentro de éste están el CIADI, la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París o el uso de las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial o de la UNCITRAL¹¹⁷. (Las partes también pueden elegir las reglas del arbitraje sino se han estipulado previamente.)

Cuando en los tratados se pacta que antes de acudir al arbitraje debe intentarse de una manera amigable resolver el conflicto, por lo general se da un plazo entre 6 y 18 meses dependiendo del tratado.

Es posible que las partes le den jurisdicción al CIADI, como ya se había mencionado anteriormente. Éste se creó con el patrocinio del Banco Mundial, por medio del acuerdo de Washington en 1965 y es un centro especializado en resolver controversias entre Estados e inversionistas.

Los Estados pueden otorgar consentimiento para que sea el CIADI el que resuelva sus conflictos, por medio de tratados bilaterales o multilaterales. Igualmente, así como en el arbitraje comercial, ya sea nacional o internacional, en el arbitraje ante el CIADI, también las partes pueden manifestar que desean que sus diferencias sean dirimidas por el Centro, por medio de una cláusula compromisoria o un compromiso.

¹¹⁶ Esto ocurre por ejemplo en los BIT de Argentina con Alemania, Canadá, España o el Reino Unido.

¹¹⁷ NIETO NAVIA. Ob. Cit. Pág. 39-40

Sin embargo, los TBI permiten en la mayoría de los casos que los inversionistas inicien arbitrajes ante el CIADI sin que medie un contrato por medio del cual estén vinculados con el Estado anfitrión de la Inversión. En este caso hablamos de un arbitraje no contractual, a diferencia del antes expuesto. En esta clase de arbitraje la voluntad para acudir a él se perfecciona en dos pasos, primero “el estado abre la posibilidad a los inversionistas de que cualquier diferencia relacionada con la inversión pueda ser sometida al procedimiento CIADI (o al de otra institución de su preferencia), mediante la incorporación de una oferta en su legislación nacional o en un tratado de protección de inversiones. En la segunda, cuando surgen las diferencias, el inversionista acepta la oferta mediante una comunicación dirigida al Estado receptor o mediante el ingreso de la solicitud de conformación del tribunal arbitral”¹¹⁸.

En la actualidad, el arbitraje no contractual es uno de los que más se presenta en el CIADI. Así lo demostró el reporte anual¹¹⁹ de año 2000 del CIADI, que mostró que dos tercios de los 38 arbitramentos que se encontraban pendientes a esa fecha, no habían surgido de cláusulas compromisorias celebradas entre los Estados.

Es importante mencionar algunas de las razones que tienen en cuenta los Estados para decidir someterse a un tribunal arbitral internacional. Primero existe una razón económica que puede forzar a los Estados a hacerlo ya que si no deciden que sea uno de estos entes el que dirima las diferencias con la parte extranjera, es posible que disminuya la cantidad de inversión que eventualmente puede llegar a recibir¹²⁰. Existe igualmente un motivo político, que son las consecuencias que puede desencadenar en las relaciones con el

¹¹⁸ REY VALLEJO. Ob Cit. Pág. 9

¹¹⁹ Reporte anual del año 2000 del CIADI. En: <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/2000ar-esp/main-esp.htm>

¹²⁰ Citado por REY VALLEJO. Ob. Cit. Pág. 7

país del cual el inversionista es nacional, el hecho de no decidir someter las disputas a un tribunal.

Es relevante en este punto, mencionar algunas de las razones más usuales por las que se acude a un tribunal internacional de arbitramento. La práctica en los tribunales, que ha propendido por establecer condiciones de igualdad y favorabilidad en las inversiones, ha generado el nacimiento de unos principios que se incluyen en los tratados de protección de inversiones y cuya vulneración puede dar lugar al inicio del arbitraje internacional de inversiones.

Dentro de estos principios se encuentran:

- a. Nivel Mínimo de Trato:** Busca brindar seguridad jurídica y proteger la seguridad física de los bienes objeto de la inversión. Este principio a su vez incorpora dos principios, por una parte el de “trato justo y equitativo” que tiene un significado abstracto, pero que se refiere en general a brindar condiciones estables y predecibles que se acomoden a las expectativas razonables de un inversionista; por otra parte está el principio de “protección y seguridad plenas”. Para éste tampoco existe una definición precisa, pero tiene que ver con que debe dársele a las partes un trato que concuerde con el Derecho Internacional.

Un ejemplo del primer subprincipio es el artículo 10.5. 2 (a) del TLC entre Estados Unidos y Colombia que dice: *“trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”*

Respecto al principio de protección y seguridad plenas, el mismo artículo dispone: *“protección y seguridad plenas exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario”*

- b. Derecho a un Trato no Discriminatorio:** Busca que no se impongan medidas arbitrarias o discriminatorias en tanto pueden desencadenar el deterioro de la inversión.

- c. Trato Nacional:** Exige que a los extranjeros se les dé el mismo trato que a los nacionales; sin embargo cabe la posibilidad de otorgar algunos privilegios a los nacionales siempre que no impliquen un trato injusto y desigual contra los extranjeros.

Este principio se ve reflejado, por ejemplo, en el artículo 4.1 del TBI entre Reino Unido y Colombia que dice: *“Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio las inversiones o los rendimientos de nacionales o compañías de las otras Partes Contratantes a un trato menos favorable que aquel que concede a las inversiones y rendimientos de sus propios nacionales y compañías o a las inversiones y rendimientos de nacionales y compañías de cualquier tercer Estado”*.

- d. Libre Transferencia de Fondos:** Consiste en que los Estados deben permitir que se dé el libre flujo de capitales que estén relacionados con la inversión para que de esta manera los bienes objeto de la inversión no se congelen o demoren.

- e. Derecho de Compensación por Expropiación:** Consiste en que se dispone que debe pagarse una indemnización en caso de que la expropiación no se dé por los motivos que ya han sido señalados a lo largo de esta trabajo; tal como se expuso en el acápite anterior, el alcance del concepto de expropiación y de la indemnización que por ella debe pagarse ha sido objeto de diversas controversias.

3.3 EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES - CIADI

El CIADI es un centro internacional que se ocupa exclusivamente de procedimientos arbitrales en donde una de las partes involucradas sea un Estado o una entidad estatal¹²¹.

Es un organismo que fue creado dentro del Derecho Internacional para la protección y la garantía de la inversión extranjera; tiene como propósito prestar servicios de conciliación y arbitraje a los Estados partes y nacionales de otros Estados partes; tiene un reglamento administrativo, financiero y reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje¹²².

El CIADI busca la despolitización de las controversias, estableciendo una instancia imparcial e independiente; ello debido a que los estudios del Banco Mundial y la experiencia de muchos países mostraron que uno de los mayores problemas que enfrentan los inversionistas extranjeros en los países anfitriones de la inversión, es la falta de imparcialidad de los tribunales que resolvían las disputas entre inversionistas y Estados.

El CIADI surgió también como consecuencia de la falta de practicidad que acarrearaba el ya explicado sistema de “protección diplomática”, en tanto en éste los inversionistas extranjeros no eran considerados verdaderos actores del Derecho Internacional. Por eso esta forma de reclamación les ponía la carga de mover todo el aparato político del Estado del cual eran nacionales para poder así realizar la reclamación; ella además dilataba la controversia. Por las anteriores razones se puede afirmar que la creación del CIADI buscaba mejorar

¹²¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell. Londres, Reino Unido. Cuarta Edición. p.55.

¹²² NIETO NAVIA. Ob. Cit. Pág. 40

el clima de inversión y “eliminar el riesgo de confrontación entre el país receptor y el Estado del cual es nacional el inversionista”¹²³.

Para que el CIADI pueda actuar debe tratarse de una disputa entre un Estado y un inversionista extranjero, lo que significa la exclusión de todas las diferencias que puedan surgir entre un Estado y sus nacionales; por eso es necesario tener claro quién es considerado nacional de otro Estado para efectos de realizar una reclamación contra el Estado anfitrión de la inversión ante el CIADI.

El artículo 25.2 del Convenio constitutivo del CIADI del 18 de marzo de 1966 estableció que será nacional de otro Estado: “toda persona natural que tenga, en la fecha en la que las partes consintieron someter la diferencia a la conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista 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 nacionalidad del Estado parte en la diferencia y toda persona jurídica que, en la fecha en que la 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 ese convenio, por estar sometidas a control extranjero”¹²⁴.

¹²³ BROCHES, Aron. En: Settlement of Investment Disputes. 136 Hague Recueil, 1972 pág. 342

¹²⁴ Article 25.2 “National of another contracting State” means: any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention. En:

En lo que se refiere a que empresas comerciales e industriales del Estado puedan participar en un arbitramento ante el CIADI, el artículo 25.3¹²⁵ dice que es posible siempre que ese Estado lo apruebe, salvo que se le notifique al CIADI que no es necesaria ninguna aprobación.

3.3.1 Jurisdicción del CIADI. Según el artículo 25.1 del Convenio “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante (o cualquier 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 unilateralmente ser retirado”

“Los Estados contratantes podrán, al ratificar el tratado 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”.¹²⁶

El artículo 26 por su parte 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.

<http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/25.html>

¹²⁵ “Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required”. Ibidem. Artículo 25.3

¹²⁶ Article 25.1 “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”. Tomado de <http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/25.html>

En este punto es importante resaltar la necesidad de que el Estado receptor de la inversión acepte que las diferencias que se susciten con los inversionistas sean sometidas a un tribunal de arbitraje designado por el CIADI, es inclusive posible que los Estados se reserven el derecho de agotar primero los mecanismos jurisdiccionales de su país; por lo tanto no es posible afirmar que la sola aprobación del tratado por parte del Estado anfitrión conlleva la voluntad de querer acudir al CIADI.

Según Antonio Parra¹²⁷ subsecretario General del CIADI, la aceptación no tiene que constar por escrito o ser para un caso determinado, sino que puede darse en comunicaciones posteriores o en acuerdos marcos, actualmente lo más usual es que se dé una autorización general que se incluye en los TBI en la que se expresa que todas las controversias surgidas entre Estado e inversionistas serán sometidas a las reglas del arbitraje y por un tribunal nombrado por el CIADI.

3.3.2 Funcionamiento del CIADI. Según la sección dos del Convenio¹²⁸, el tribunal se conforma por un número impar de árbitros que nombren las partes, o en caso de que las mismas no lo hagan, el Presidente del CIADI debe hacerlo escogiendo los árbitros de las listas que inscribieron los Estados, los árbitros no pueden ser nacionales de los Estados de las partes.

Si bien la decisión de someterse al Centro es libre, una vez las partes lo han hecho ya no pueden retirarse y deben reconocer y hacer valer los laudos que el tribunal profiera.

¹²⁷En la conferencia "ISCID and the Rise of Bilateral Investment Treaties: will Iscid be the leading arbitration institution in the 21st century? Dijo "The executives directors of the World Bank pointed out that there was no requirement that the consent of both parties be recorded in a single instrument as an investment contract between them". Dicha conferencia fue dictada en el 94 congreso de la Sociedad Americana de Derecho Internacional . Washignton 5-8 de abril de 2000.

¹²⁸ Ibídem. Artículos 37 a 40

El tribunal debe resolver el conflicto aplicando el derecho sustantivo del Estado parte de la controversia y las normas de Derecho Internacional que puedan ser aplicables, esto según el artículo 42.1 del Convenio¹²⁹, lo anterior se aplicará solo en el caso de que las partes no hayan pactado algo diferente.

El laudo que dicte el tribunal debe darse por escrito y debe ser motivado, se adopta por mayoría de votos, que los árbitros pueden aclarar. El laudo puede publicarse solo si las partes lo autorizan.

El laudo puede ser completado, rectificado, aclarado¹³⁰ y revisado¹³¹, el mismo tribunal resuelve estos recursos y es posible que se suspenda la ejecución del fallo mientras se resuelven los últimos dos recursos.

El artículo 52 del Convenio enumera cinco casos¹³² en los que el laudo puede ser anulado. Una comisión conformada por tres árbitros diferentes a los que dictaron el laudo debe resolver el recurso de anulación. Esta comisión no tiene facultad para sustituir el laudo, solo puede anularlo, por lo tanto deberá conformarse un nuevo tribunal para que dirima la controversia.

¹²⁹ Article 42.1 “The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”

¹³⁰ *Ibíd.* Art. 50.1 (c) (i). Si surge alguna diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance de la decisión, cualquiera de ellas podrá solicitar su aclaración a través de la Secretaría General. El mismo Tribunal que dictó el laudo conocerá la petición; si ello no es posible se constituye un nuevo Tribunal, facultado incluso para suspender la ejecución de la decisión hasta que la misma sea aclarada.

¹³¹ *Ibíd.* Art. 50.1 (c) (ii). Es posible revisar el laudo en tanto se descubra algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el mismo y siempre que, al tiempo de dictarse, haya sido desconocido por el Tribunal y por la parte que solicita la revisión.

¹³² Si el tribunal se constituyó incorrectamente.
Si el tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades
Que hubiere habido corrupción de algún miembro del tribunal
Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento o
Que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.

Una vez el laudo queda ejecutoriado debe ser cumplido obligatoriamente¹³³, no puede ser objeto de apelación y las partes deben acatarlo en todos sus términos salvo que su ejecución sea objeto de suspensión.

Con base en lo anterior, el Estado contratante tiene que reconocer la obligatoriedad del laudo y debe hacer ejecutar las obligaciones pecuniarias dentro de su territorio como si se tratara de una sentencia dictada por uno de sus tribunales nacionales. El artículo 54.1 del Convenio establece: El Estado contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias en firme dictadas por los tribunales de cualquiera de los Estados que los integran.

Conforme lo anterior, se puede afirmar que en Colombia no es necesario el requisito del *exequátur*¹³⁴ y el laudo se puede ejecutar como una sentencia de un tribunal interno.

Las diferencias que se sometan al CIADI deben en principio ser sobre inversión. Esto se deduce del artículo 25 del convenio constitutivo del CIADI que dice que la jurisdicción del Centro se extiende a todas las diferencias de naturaleza jurídica, que surjan directamente de una inversión. Sin embargo el convenio no dice qué se entiende por inversión. El Secretario General es el filtro para los asuntos sobre los cuales tiene jurisdicción este órgano; por eso tiene la facultad de excluir los que no encuadren dentro de la misma.

¹³³ Los Laudos se ejecutan de acuerdo con las normas que sobre ejecución de sentencias estuvieren en vigor en el territorio donde se pretenda la ejecución, esto no quiere decir según el artículo 55 de la Convención que se deroguen las leyes vigentes en cualquier Estado contratante.

¹³⁴ El *exequátur* es un conjunto de reglas por medio de las cuales el ordenamiento jurídico de un Estado verifica que una sentencia que ha sido proferida por un tribunal extranjero reúne los requisitos para que la misma pueda ser homologada en tal Estado. A través del procedimiento del *exequátur* se determina si la sentencia extranjera puede ser reconocida y cumplida por un Estado diferente al que la profirió.

Es por lo anterior que el concepto que sobre “inversión” se adopte es también importante para saber si un tribunal arbitral tiene competencia para solucionar los desacuerdos entre Estado e inversionista, ya que es posible que el demandado proponga excepciones arguyendo la falta de competencia del tribunal, basándose en la naturaleza de la inversión.

En algunos tratados de protección y promoción de inversiones y de libre comercio se define inversión incluyendo “todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza”¹³⁵, por lo general se incluyen ejemplos. Algunos TBI, especifican pormenorizadamente cuales actividades son constitutivas de inversión y otros dan simples definiciones generales. Al no existir un concepto uniforme, la doctrina ha expresado que bajo el mencionado artículo 25, el término inversión cubre casi cualquier área de actividad económica¹³⁶.

Según el TLC entre Estados Unidos y Colombia “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;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;

¹³⁵ RIGO SUREDA. Ob. Cit. Pág. 4-5

¹³⁶ SCHREUER, Christopher (1996). “Commentary on the ICSID Convention”. En: ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 318.

- (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”¹³⁷

Haya definición o no, pueden presentarse controversias en cuanto al alcance del concepto sobre la misma, lo que repercute en que las diferencias entre Estado e inversionista puedan ser resueltas por un tribunal de arbitramento.

Un ejemplo es el caso Fedax N. V. vs Venezuela¹³⁸, en éste, Fedax, compañía constituida bajo la legislación de los Países Bajos en Curazao, reclamó ante el CIADI, argumentando que Venezuela se encontraba en mora de pagar las obligaciones derivadas de la inversión. Fedax hizo la reclamación conforme al tratado de promoción y protección de inversiones entre los Países Bajos y Venezuela. Venezuela excepcionó la competencia del CIADI para actuar en ese caso, argumentando que las obligaciones involucradas no eran inversión porque no se trataba de una transferencia de activos de un país a otro para permanecer en éste último por un largo periodo.

El tribunal analizó el problema desde el punto de vista del ya expuesto artículo 25.1 del Convenio de Washington de 1965, haciendo además un examen de lo que establecía el tratado de promoción y protección de inversiones entre los Países Bajos y Venezuela sobre el término “inversión”, para poder establecer si se trataba de una inversión y por lo mismo tenía competencia.

Finalmente el tribunal del CIADI concluyó que sí se trató de una inversión y que por lo mismo tenía competencia para actuar; entre otras razones, porque pudo constatar que las obligaciones cumplían con las características de inversión establecidas por la doctrina, tales como tener cierta duración, cierta regularidad

¹³⁷ Texto disponible en: <http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=5023>

¹³⁸ Fedax N.V vs Venezuela ICSDI case No. ASB/96/3, decisión on objections to Jurisdiction, del 11 de julio de 1997.

en los beneficios, asunción de riesgo, ser significativa para el desarrollo del país y que haya un compromiso sustancial¹³⁹.

La divergencia entre las diferentes decisiones¹⁴⁰ del CIADI frente al término inversión refleja que a pesar de que los tribunales se inclinan por reconocer competencia basándose en una interpretación amplia del término inversión, el principio no puede aplicarse indiscriminadamente y existe dificultad para delimitar genéricamente el alcance del mismo y que por esta razón es necesario que en cada caso el tribunal analice los hechos para poder establecer si se trata o no de inversión.

Es importante poner de presente que a pesar de lo expuesto anteriormente, desde 1978 el Centro ha aceptado resolver conflictos que no estén directamente relacionados con inversión extranjera, pero que tampoco enmarcan dentro del simple ámbito comercial; para esto se requiere que el Estado que haya ratificado el tratado haya aceptado someterse a un procedimiento de conciliación o arbitraje sobre cualquier tipo de disputas. En este caso el CIADI además de facilitar sus instalaciones como lo hace normalmente para la resolución de todas las diferencias, puede si las partes lo deciden, nombrar los árbitros conforme a las condiciones que hayan impuesto las mismas.

El CIADI ha ido ganando terreno y se ha convertido en uno de los más importantes centros de resolución de disputas, debido a la imparcialidad y estabilidad que simboliza. Por eso durante los últimos años ha aumentado notoriamente el número de casos que se presentan ante él. Además de los Estados, también las multinacionales han decidido optar por esta forma de solución de disputas, en tanto no se requiere haber agotado antes ningún procedimiento interno para poder iniciar el proceso ante un tribunal arbi

¹³⁹ SHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". 2001. Pág. 138-141

¹⁴⁰ Tales como Pretobart Limited vs Kirguiz Caso No. 126/2006 del Instituto de arbitraje de la cámara de comercio de Estocolmo, laudo del 29 de marzo de 2007 y Mihaly International Corporation vr Sri Lanka ICSID Caso No. ARB/03/11, laudo del 6 de agosto de 2004

3.3.3 Expropiación indirecta en los laudos de tribunales que se rigen por el reglamento del CIADI. En el capítulo anterior ya fue desarrollado el tema de cómo ha sido la actuación de los tribunales del CIADI frente a disputas sobre expropiación indirecta. Vale la pena reiterar que no existe uniformidad de criterios en las decisiones de los tribunales del CIADI. Sin embargo, el derecho internacional se ha mostrado partidario de la ya explicada doctrina del *poder de policía*, y así lo confirman decisiones adoptadas en las disputas entre Estados Unidos e Irán. En estas oportunidades se sostuvo que los Estados no debían ser considerados responsables por las pérdidas de bienes o por desventajas económicas que alguna regulación le pudieran causar a algún inversionista, siempre que ella no se hubiese emitido con intenciones discriminatorias o que hubiese sido diseñada para que el inversionista tuviera que vender la empresa al Estado anfitrión, bien sea por el valor comercial o uno inferior¹⁴¹.

3.4 CRÍTICAS AL MECANISMO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

A pesar de los beneficios que representa el arbitraje para los inversionistas, surgen críticas, en tanto existe la posibilidad de que los derechos que incluyen los TBI a favor de los inversionistas extranjeros no sean compatibles con el interés general de cada Estado.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte es un buen ejemplo para ilustrar lo que ocurre cuando se enfrentan interés general e intereses de los inversionistas. A continuación se expondrán unos casos y cuál ha sido la posición que los tribunales de arbitramento han tomado frente a las disputas.

El caso Metalclad fue expuesto en el capítulo segundo de este trabajo. Para hacer un breve recuento se puede decir, que en esa ocasión la compañía inició

¹⁴¹ Ver PAEZ, Marisol. Ob. Cit.

un procedimiento arbitral en tanto el gobernante de San Luis Potosí, municipalidad de México, expidió un decreto que declaraba como reserva ecológica una zona donde Metalclad planeaba construir un vertedero de desechos tóxicos. Acabando así con la posibilidad de que la obra pudiera efectivamente construirse. Metalclad dijo que el decreto violaba la cláusula de expropiación y el principio de nivel mínimo de trato.

En este caso el tribunal de arbitramento condenó al Estado Mexicano a pagar una cuantiosa indemnización, al considerar que se había tratado al inversionista de manera injusta e inequitativa y que además había habido una expropiación indirecta como consecuencia de la expedición del decreto.

Esta decisión ha sido duramente criticada por algunos sectores en tanto consideran que no se tomaron en cuenta las razones ecológicas que tenía el Estado para negar la construcción del vertedero, además porque el alcance que se le dio al término expropiación tuvo la propiedad de afectar el poder regulatorio del Estado. Esto, sumado a que no se tuvieron en cuenta los argumentos del gobierno y de los ciudadanos afectados, se convirtió en un motivo para que muchos consideraran como ilegítima la decisión y la figura del arbitraje.

Otro caso que ha suscitado controversia es el de la compañía estadounidense S.D. Myers establecida en Ohio, esto porque algunos consideran que la decisión tomada allí, no se compadecía con los interés que Canadá había asumido referentes al medio ambiente.

S.D. Myers se dedicaba a tratar desechos tóxicos y con este fin importaba desde Canadá una sustancia llamada PCB. La compañía inició un proceso ante un tribunal arbitral, en tanto Canadá prohibió la exportación de la mencionada sustancia. Myers dijo que el gobierno canadiense había violado los principios de trato no discriminatorio, trato justo y equitativo, de nación más favorecida y que además había habido expropiación. En esa oportunidad el tribunal

consideró que no había expropiación, pero que sí se habían vulnerado las cláusulas sobre el trato nacional y el nivel mínimo de trato; con base en esto condenó al Estado de Canadá a pagar una indemnización de seis millones de dólares.

En el anterior caso lo que se ha criticado es que el tribunal no haya tomado en cuenta las obligaciones que tenía Canadá internacionalmente derivadas de la Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación. Esto hace pensar a algunos que así como en el caso Metalclad, los tribunales no tienen en cuenta los compromisos que en materia de medio ambiente asumen los Estados¹⁴².

En conclusión, las críticas se generan más que todo cuando las decisiones arbitrales no encuentran un equilibrio entre los intereses de los inversionistas y las expectativas de los Estados, que en ocasiones se sienten en peligro de ver vulnerados intereses como su soberanía, que involucra la libertad de decisión sobre las políticas referentes al medio ambiente. Es en un punto como éste donde vale la pena preguntarse si es posible que los Estados enfrenten las reclamaciones de los inversionistas aduciendo sus obligaciones internacionales derivadas de los derechos humanos y el desarrollo sostenible¹⁴³.

3.5 ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EXPROPIACIÓN INDIRECTA

Se concluye este capítulo exponiendo algunas razones que llevan a afirmar que el arbitraje internacional es una herramienta para proteger a los inversionistas de las expropiaciones indirectas, en la medida que permite reparar el daño que causa el Estado al inversionista y además, brinda una pronta decisión a la disputa.

¹⁴² REY VALLEJO. Ob. Cit. Pág. 16

¹⁴³ REY VALLEJO. Ob. Cit. Pág. 14

Como se estudió anteriormente, es común que los tratados bilaterales de inversión adopten un mecanismo de solución de controversias. Ese mecanismo puede consistir en que los inversionistas puedan exigirle directamente al Estado anfitrión de la inversión, por medio de un proceso de arbitraje en caso de que se presenten diferencias entre ellos, que cumpla con las normas que sobre inversión fueron incluidas en el tratado. El inversionista podrá en nombre propio o representando a una empresa presentar una reclamación contra el Estado ante el tribunal si estima que las obligaciones del capítulo sobre inversión han sido vulneradas por el Estado o por uno de sus funcionarios y que como consecuencia de ello se han generado daños o perjuicios.

En lo que se refiere a expropiación indirecta, es posible que cuando un inversionista considere que el Estado tomó medidas que disminuyen sus ganancias sean inciertas o probables, pueda demandarlo ante un tribunal de arbitramento siguiendo las reglas o procedimientos que se hayan establecido en el tratado.

El inversionista puede demandar además aduciendo que se dio una violación a las cláusulas del capítulo sobre inversión del tratado, ya que como se explicó, éste generalmente excluye la posibilidad de que se dé expropiación sea directa o indirecta, si no fue por propósitos de utilidad pública y sin discriminación.

Se puede afirmar que el arbitraje internacional es una manera de proteger a los inversionistas, además de todas las ya mencionadas razones, porque tal como se ha venido exponiendo a lo largo de este capítulo, es una institución imparcial que escapa tanto de la jurisdicción del país anfitrión, como de las leyes del país del cual el inversionista es nacional. Esto puede decirse, en tanto los tribunales arbitrales se constituyen por tres personas, de las cuales ninguna puede ser nacional de ninguno de los dos países involucrados en la disputa. Al no tener que estar los inversionistas sometidos a la jurisdicción del país receptor de la inversión puede decirse que hay mayores garantías de que no habrá discriminación o que se le dará un trato desigual al inversionista.

Garantía que sería muy dudosa si fuera un tribunal interno del país anfitrión el que decidiera en torno a la controversia, y podría verse comprometida la imparcialidad de los jueces o árbitros.

3.6 CONCLUSIONES

El arbitraje es un mecanismo de protección para los inversionistas privados de todos los riesgos que genera la inversión, incluyendo la expropiación indirecta, en cuanto garantiza seguridad jurídica a los inversionistas que suscriban contratos con los Estados que se acojan a la solución brindada por estos entes, ya que la misma es rápida y eficaz y procura evitar la vulneración a sus intereses económicos

Además el arbitraje garantiza la despolitización y la imparcialidad. Es una instancia independiente, genera estabilidad y evita el tener que llevar a cabo un proceso previamente.

La dinámica y universalidad del arbitraje lo han convertido en el mecanismo de solución de controversias que se ajusta perfectamente al fenómeno de la globalización, porque permite que las disputas suscitadas en un entorno tan amplio y complejo como el de la IED sean abordadas de manera imparcial y práctica.

A pesar de que el arbitraje es considerado hoy por hoy como uno de los mejores instrumentos de protección de inversiones, igualmente existen críticas al mismo, que se sustentan en que no se le da ninguna importancia al poder de policía de los Estados, y que por esta razón las medidas de protección al medio ambiente que tome el Estado, la seguridad pública y el mantenimiento de la

estabilidad de los mercados deben atender a criterios distintos al bienestar común y al interés general¹⁴⁴.

Con la anterior conclusión se vincula el que muchos consideren que el arbitraje de inversión protege más intereses privados que van en contravía de los generales. En este punto han tenido gran importancia los laudos arbitrales que han versado sobre temas como el medio ambiente y los derechos humanos, que han sido criticados en la medida en que los tribunales toman la decisión siguiendo los derechos y principios consagrados en los tratados, dejando a un lado la realidad social y las necesidades de Estados apenas en desarrollo. En este punto valdría la pena pensar en la posibilidad de incluir en los tratados la obligación de los inversionistas de respetar el medio ambiente y los derechos humanos.

¹⁴⁴ REY VALLEJO. Ob. Cit. Pág. 16

4. CONCLUSIONES

Durante el siglo XX el orden político internacional presentó cambios significativos que condujeron a la reestructuración en la concepción de las economías. En el periodo comprendido entre las guerras mundiales se desarrollaron los primeros conceptos de “Globalización” cuando Estados Unidos empezó a mostrar sus pretensiones hegemónicas y a promover el liberalismo económico. A finales de la Segunda Guerra Mundial Gran Bretaña y el país americano comenzaron a reconstruir los países que habían sufrido la guerra y así se creó el concepto de “Economía Capitalista Global” y se desarrollaron las directrices que guiarían la economía mundial, como el libre mercado y la libertad de empresa.

Para ese momento, se hizo evidente la necesidad que había de liberar las reglas que disciplinaban las inversiones extranjeras directas, el acceso a los mercados internos por agentes bancarios y no bancarios extranjeros, así como liberar las reglas relativas a préstamos extranjeros a empresas y bancos locales. En relación con la entrada de capitales, se debía liberar la entrada de bancos extranjeros, fondos de inversión y demás agentes financieros no bancarios.

En 1944 el Acuerdo Bretton Woods recogió estas directrices y coordinó las reglas comerciales y financieras entre los países más industrializados del mundo. En esta reunión se decidió la creación del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo BIRD, hoy conocido como el Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional - FMI, como organismos institucionales bases del nuevo orden posbélico. Desde esta instancia y de acuerdo a su gran participación, Estados Unidos continuó promoviendo sus políticas económicas

dirigidas a consolidar el Mercado de Capital Global y así permitir la rotación de bienes y servicios, y a fomentar el área industrial.

El Estado americano tenía la necesidad de crear un Mercado Global de Capitales para sostener el acelerado crecimiento que tuvo en la época de las guerras y lograr así, una rotación de productos que aumentara la economía. Así evitaban que se generara otra crisis como la del 29.

Después de terminada la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos implementó el “Estado de Bienestar”. Nació así la Seguridad Social, se crearon las sociedades de consumo que contribuyeron al crecimiento económico de la clase media y el Estado norteamericano se volvió una propaganda del modelo capitalista.

De forma simultánea a este cambio estructural de la concepción del Estado, el país del norte trataba de ejercer una influencia directa sobre el Reino Unido y los demás países de Europa para que aceptaran el principio de “no discriminación” a los productos extranjeros y a los sistemas multilaterales y así forzar el desarrollo del libre mercado. Estos esfuerzos sin embargo, fueron abandonados en el momento en que creció la tensión con la Unión Soviética.

Durante la denominada Guerra Fría se dio un gran desarrollo militar en ambos países. El Estado americano invirtió grandes sumas de dinero en la producción de arsenal y tecnología espacial, y ello generó un déficit en la balanza de ese Estado de Bienestar.

Se tuvieron que emitir más billetes para soportar un ejército de alcance global, pero dicha emisión no estaba soportada en el oro. Se demostró la ineficiencia del modelo propuesto por el Fondo Monetario Internacional y por ello, se decidió cambiar de esquema; la tasa de intercambio internacional ya no sería definida por el oro, sino por los mercados.

Todos estos cambios condujeron a la revaluación del Estado de Bienestar. Una serie de factores pusieron fin al modelo social representado por las políticas económicas keynesianas y por el Estado intervencionista y asistencial. Se consideró que los mercados podían ser una herramienta de presión en contra de los Estados.

Se cambió entonces de un Estado de Bienestar a uno Neoliberal, que buscaba la desregularización de los mercados y una menor intervención por parte del gobierno. La implementación del Estado Neoliberal propició una mayor libertad en las transacciones, posibilitó la privatización del sistema financiero y aumentó la Inversión Extranjera Directa.

Desde mediados de la década de 1980, países de todo el mundo se comprometieron en la desregularización de los mercados y la privatización de las compañías públicas, sobretudo en sectores estratégicos y rentables como la energía, las telecomunicaciones, los medios de comunicación y las finanzas. La liberalización y privatización en algunos países de América Latina abrió oportunidades de inversión. Así aumentó la productividad en las empresas privatizadas, la modernización tecnológica y, en última instancia, espoleó el crecimiento económico en general.

El fenómeno de la desregularización posibilitó una mayor presencia de las economías privadas en el mundo, que es lo que se conoce como la “Empresa Global Flexible”.

Todos estos cambios independientes pero interconectados permitieron que la Inversión Extranjera Directa sea hoy en día, el elemento central de la Globalización contemporánea, en la medida que supone una descentralización de la producción, mayor inversión y transacción de tecnología y genera más empleos.

Además trae beneficios por partida doble; (i) de un lado los Estados buscan atraer inversión extranjera para incentivar su crecimiento económico y, (ii) los inversionistas extranjeros buscan un ambiente económico y jurídico propicio para trasladar su capital y así obtener mayores utilidades. Por eso tratan de que los Estados interfieran lo menos posible en sus derechos e intereses y procuran además que se disminuyan de las barreras de acceso al mercado.

En este escenario, los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones y las disposiciones sobre inversiones de los Tratados de Libre Comercio se han convertido en el mejor camino para proteger la inversión, por medio de regulaciones que le ofrecen garantías al inversionista.

Uno de los temas que se han regulado en estos acuerdos, es el relativo a la expropiación indirecta que puede hacer el Estado anfitrión al inversionista. Esta se da cuando el inversionista alega que una ley, decreto, actuación administrativa o política pública atenta contra su derecho a la propiedad, razón por la cual reclama indemnización estatal. Si se llegare a reconocer la existencia de una expropiación indirecta, el inversionista tendrá derecho a demandar al Estado anfitrión cuando considere que éste tome medidas que disminuyan sus ganancias, sean ciertas o probables. En esta forma de expropiación el inversionista conserva el título de la propiedad.

El tema de la expropiación indirecta no ha sido un tema pacífico ni ha habido una línea conceptual uniforme por parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (ICSID o *Convenio de Washington*) acerca de los criterios para definir su procedencia. No se ha logrado establecer cuál es la línea que diferencia las medidas regulatorias de un Estado, con la interferencia ilegítima que puede llegar a considerarse como expropiación indirecta.

Por estar el tema de la expropiación indirecta adquiriendo tanta relevancia en el Derecho Internacional, se ha hecho necesario que los Estados traten de evitar que

se presenten eventuales conflictos como consecuencia de ella. Por eso es primordial que a la hora de firmar tratados y acuerdos sobre inversión, se establezca con claridad cuál será el concepto de expropiación indirecta, su alcance y consecuencias.

Definir qué es utilidad pública y en qué casos se considerará que los actos regulatorios que desempeñe el Estado receptor de la inversión pueden ser constitutivos de expropiación indirecta, son también medidas que evitarían que se presentaran controversias y que en caso de que así sucediera, no fuera un Tribunal Internacional quien tuviera que decidir qué se entiende por cada concepto que las partes no clarificaron.

Frente a los problemas que pueden presentarse entre inversionistas y Estados anfitriones se han creado mecanismos que buscan básicamente la protección de la inversión. La solución de controversias mediante un Tribunal de Arbitramento y los contratos de estabilidad jurídica son dos herramientas utilizadas para tal fin.

El Arbitraje se ha convertido en una de las figuras más básicas para la solución de controversias, puesto que el comercio global se desarrolla en medio de un vacío normativo, al no existir leyes o normatividades que regulen en conjunto todas las transacciones que se dan entre todos los Estados en el nuevo orden económico internacional.

Sin embargo, su implementación ha sido objeto de polémica, pues algunos sectores opinan que le resta soberanía al Estado y que antepone intereses privados sobre el orden público. Además que vulnera la función estatal de administrar justicia, en tanto que se debe renunciar a los mecanismos nacionales cuando el Estado decide someterse a un tribunal internacional de arbitramento. Respecto del arbitraje de inversión algunos señalan que viola el principio de igualdad, en la medida que son solo los inversionistas los que pueden demandar al Estado ante el tribunal.

Actualmente es común encontrar en tratados bilaterales o multilaterales que el CIADI sea el ente encargado de resolver conflictos relativos a la inversión. El arbitraje en esta instancia, busca la despolitización de las controversias, contando con total independencia y total imparcialidad, pues uno de los mayores problemas que encontraban los inversionistas extranjeros en los países anfitriones de la inversión, era la falta de imparcialidad de los tribunales que resolvían las disputas entre ellos.

La imparcialidad se ve reflejada en que el Tribunal está conformado por un número impar de árbitros elegidos por las partes, o en caso de que las mismas no lo hagan, el Presidente del CIADI debe hacerlo escogiendo los árbitros de las listas que inscribieron los Estados, con la expresa prohibición que los árbitros no pueden ser nacionales del país al que pertenecen las partes.

En lo que se refiere a expropiación indirecta, es posible que cuando un inversionista considere que el Estado lo está expropiando indirectamente, pueda demandarlo ante un tribunal de arbitramento siguiendo las reglas o procedimientos que se hayan establecido en el tratado.

El arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias que se ajusta por excelencia al fenómeno de la globalización, pues permite que las disputas sean resueltas de una forma imparcial y práctica.

En resumen, la denominada Globalización de las Economías ha permitido una mayor interconexión entre los mercados globales, también la liberalización de las reglas que regulan la inversión extranjera directa, el avance en el traspaso de información y en la tecnología. De acuerdo a Alfredo Toro Hardy, *“la globalización ha hecho del mundo una aldea global”*¹ que ha promovido la consolidación de estructuras y procedimientos jurídicos propios de economías globales, tales como las legislaciones producidas por organismos multilaterales.

¹ TORO HARDY, Alfredo. En: “La era de las economías”. Editorial Villegas Editores, 2002. Prefacio.

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

BIBLIOGRAFÍA

PÁGINAS WEB

<http://www.proexport.com.co/VBeContent/library/documents/DocNewsNo7479DocumentNo6591.PDF>

<http://www.opic.gov/about/index.asp>

http://www.miga.org/about/index_sv.cfm?stid=1588

<http://www.expocol.com/VBeContent/library/documents/DocNewsNo5719DocumentNo6719>.

<http://web.worldbank.org>

<http://www.caf.com/view/index.asp?pageMS=34132&ms=17>

http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/us_fta/final-text/chapter_11.html.

<http://www.rae.es>

http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC059_01.HTM

<http://www.mendozalegal.com/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=%20632>

<http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentos/ModuleIldoc/MODULO%20Ilic%20FINAL%20NEW%20Template.pdf>

http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/business/newsid_72000_00/7200062.stm. 21 de enero de 2008.

<http://www.cantv.com.ve/seccion.asp?pid=1&sid=1651¬id=2649>

http://www.lanacion.com.ar/economia/nota.asp?nota_id=1008803&origen=rss
Mayo 1 de 2008

<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2008/04/04/embajador-chaderton-acude-a-sre-para-tratar-expropiaciones>

<http://www.icj-cij.org>

<http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/indice1.asp

<http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=5023>

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>

<http://www.jus.uio.no/lm/icsid.settlement.of.disputes.between.states.and.nationals.of.other.states.convention.washington.1965/25.html>

<http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=5023>

<http://www.hipersociologia.org.ar/catedra/material/Castellsprol.html>

<http://www.un.org/spanish/aboutun/icjstat.htm>

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

CRAVINO Javier, LEDERMAN Daniel, OLARREAGA Marcelo. En: "Foreign Direct Invest in Latin America during the Emergence of China and India. Informe de la dependencia de Economía del Banco Mundial. Septiembre 2007. Documento electrónico disponible en: <http://web.worldbank.org>

HARDING Torfin, SMARZYNSKA JAVOCIKR Beata. *En*: "Developing Economies and International Investors: Do Investment Promotion Agencies Bring Them Together?" Informe de la dependencia de Economía del Banco Mundial. Agosto de 2007. Documento electrónico disponible en: <http://web.worldbank.org>

MAESTRO YARZA, Irene. Conferencia – "Banco Mundial: Origen, Funciones, Mecanismos de Funcionamiento y Políticas de Desarrollo". Barcelona 2001. Documento electrónico: <http://www.redem.buap.mx/acrobat/irene1.pdf>

ECHAVARRIA, Juan José. ZODROW George R. En: Documento: "Impuestos a las Utilidades e Inversión Extranjera Directa en Colombia. Agosto 2005. Documento electrónico: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra348.pdf>

Tendencias Actuales de la Inversión Extranjera en Colombia". Estudio realizado por la Universidad del Rosario en el año 2006. Documento electrónico disponible en:

http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo1/fasciculo11/documentos/fasc_11.pdf

BUSSE, Matthias, GROIZARD, Juan José. En: "Foreign Direct Investment, Regulations and Growth". Informe de la dependencia de Economía del Banco Mundial. Abril 2006. Documento electrónico disponible en: <http://web.worldbank.org>

LI, Quan. En: Forthcoming. "Democracy, Autocracy, and Expropriation of Foreign Direct Investment" *Comparative Political Studies* en [fdi_prote...pdf](#) (246,0 KB)

PAEZ, Marisol. En "La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados" 1 abril de 2006. Documento electrónico en: http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-32113075_ITM

MORALES CARRASCO, Omar. En "Régimen jurídico de las expropiaciones ante el derecho internacional". Documento electrónico: <http://www.derecho.uchile.cl/jornadasdp/archivos/Omar%20Morales%20Carrasco.pdf>

PARGA, Cesar. En: "Capacitación para Funcionarios Gubernamentales sobre Comercio y Medio Ambiente". Documento electrónico: <http://www.oas.org/dsd/Toolkit/Documentos/ModuleIldoc/MODULO%20Ilic%20FINAL%20NEW%20Template.pdf>

ARTÍCULOS DE REVISTA

APPLETON, Barry, En: "Regulatory Takings: the International Law perspective", *New York University Environmental Law Journal*, Vol. 11, 2002,

KHALAF MASA´ DEH, Ahmad. "International Rules for Investment and Investors: Light at the End of the Tunnel?" En: European Business Law Review, 2000.

TAMBURINI, Franceso. "Historia y destino de la doctrina Calvo" ¿Actualidad u Obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo?" En: Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, (Sección Historia del Derecho Internacional) Edición XXIV, Valparaíso, Chile, 2002.

CUZCO, Hilda. "Venezuela, régimen arremete contra sindicatos" Revista perspectiva mundial vol 25 No 1. Enero de 2001.

RODRIGUEZ GARAVITO, Cesar. RODRIGUEZ FRANCO, Diana. "Derechos y Economía: ¿Es constitucional el TLC? En: Boletín del observatorio de Derechos Sociales y Políticas Públicas: Numero 1. Enero – Marzo de 2007.

CHISTIE, G. C. en " What Constitutes a Taking of Property Under International Law?", En: Anuario Británico de Derecho Internacional, Vol. 38, 1962.

REY VALLEJO, Pablo. "El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización". En Revista de Derecho Privado. Universidad de los Andes. 2007.

DOLZER, Rudolf. "Indirect Expropriation of Alien Property". En Diario de Derecho sobre Inversión Extranjera. Vol. 1, No 1, 1986.

CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David. "El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores". En Revista de la Corte Española de Arbitraje" 2002.

MAGDALENA, Ignacio, "Foreign Direct Investment and the Protection of the environment: the Border Between National Environmental Regulation and Expropriation", En: European Environmental Law Review, Vol. 12. No 3, 2003,

LIBROS

SORNARAJAH M. En: "The International Law on Foreign Investment. Publicado por el sindicato de prensa de la Universidad de Cambridge – 2004.

CAPELLA, Juan Ramón. En "Fruta Prohibida – Una aproximación histórico - teórica al estudio del derecho y del estado". Capítulo: "Maduración y Crisis del Proyecto Político – Jurídico Moderno. Editorial Totta 1997.

CASTELLS, Manuel. En: "La Era de la Información, Economía, Sociedad y Cultura". Capítulo II: La economía informacional y el proceso de globalización. Editorial Alianza Editorial 1998.

FARIA, José Eduardo. En: "El Derecho de la Economía Globalizada". Capítulo 2: El Fenómeno de la Globalización Económica: orígenes, implicaciones y manifestaciones.

LEVINSON, J.I. En: "Legal Aspects of Foreign Direct Investment". Documento: THE POLITICAL ORDER OF AMERICAN INVESTMENT. American University Washington College of Law 1999.

SALACUSE, Jeswald. En: "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and their Impact of Foreign Investment in Developing Countries", The International Lawyer Vol. 24 # 3 (Fall 1990)

WEINER, Allen S., "Indirect Expropriation: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes", Forum du droit International, Vol. 5, No 3, 2003.

YANNACA-SMALL, Catherine. En: "Indirect Expropriation" y "The Right to Regulate". En: Derecho sobre Inversión Extranjera, Organización para la cooperación económica y el desarrollo, No 4, 2004.

NIETO NAVIA, Rafael. "La paradoja del auge del arbitraje de inversión: están los Estados considerando su apoyo al arbitraje? El caso argentino. En: Arbitraje internacional. Tensiones actuales, 2007. Editorial Legis. Bogotá D.C.

RIGO SUREDA, Andrés, "La noción de inversión protegida" en Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales, 2007. Editorial Legis. Bogotá D.C.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (2004). En: Law and Practice of International Commercial Arbitration. Sweet and Maxwell. Londres, Reino Unido. Cuarta Edición.

BROCHES, Aron. En: Settlement of Investment Disputes.136 Hague Recueil, 1972.

SHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". 2001.

TORO HARDY, Alfredo. En: "La era de las economías". Editorial Villegas Editores, 2002.

NORMAS

Ley 45 de 1990.

Decreto Ley 663 de 1993.

Decreto 2080 de 2000.

Ley 680 de 2001.

Decreto 1844 de 2003.

Decreto 210 de 2004.

Resolución 8 de 2000 del Banco de la República.

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

Decreto 4474 de 2005, Ley 963 de 2005, Decreto 1940 de 2006.

Decreto 624 de 1989 - Estatuto Tributario.

Resolución 51 de 1991 del CONPES.

JURISPRUDENCIA

Caso No. ARB/81/1. Amco Asia Corp., Pan American Development Ltd., y P.T. Amco Indonesia v. República de Indonesia,

Caso No. 126/2006. Pretobart Limited vs Kirguiz del Instituto de arbitraje de la cámara de comercio de Estocolmo, laudo del 29 de marzo de 2007

Caso No. ARB/03/11. Mihaly International Corporation vr Sri Lanka ICSID, laudo del 6 de agosto de 2004

Caso Chorzow Factory (get v. Pol.), 1927

Sentencia 260 U.S. 393 de 1922. Caso "Pennsylvania Coal vs Mahon"