

**LA REGULACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS ACUERDOS
BILATERALES DE INVERSIÓN: UN PRIVILEGIO A FAVOR DEL INVERSOR
EXTRANJERO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD
PRIVADA**

LAURA BLANCO RENGIFO

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN**

2016

**LA REGULACIÓN DE LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN LOS ACUERDOS
BILATERALES DE INVERSIÓN: UN PRIVILEGIO A FAVOR DEL INVERSOR
EXTRANJERO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD
PRIVADA**

LAURA BLANCO RENGIFO

MONOGRAFÍA PARA OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADA

ASESORES

JOSÉ ALBERTO TORO VALENCIA

ESTEBAN HOYOS CEBALLOS

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

MEDELLÍN

2016

TABLA DE CONTENIDO

•	Introducción.....	1
•	Capítulo I: Protección constitucional de los títulos mineros como derechos de propiedad privada.....	4
	1.1 Concepto Clásico- Liberal del derecho de propiedad privada, el inicio de la constitucionalización de la propiedad privada.....	4
	1.2 El alcance constitucional del derecho fundamental de propiedad privada y su protección.....	8
	1.3 Títulos para la exploración y explotación minera ¿derecho de propiedad privada?.....	15
•	Capítulo 2: Protección de la propiedad privada del inversionista extranjero en Colombia.....	24
	2.1 Los acuerdos bilaterales de inversión con Colombia.....	25
	2.2 La protección a la inversión extranjera desde los acuerdos de inversión firmados con Canadá y Suiza.....	28
	2.3 Protección constitucional a la propiedad privada ante la expropiación indirecta consagrada en los acuerdos bilaterales de inversión.....	31
	2.4 Expropiación indirecta en Colombia ¿una figura contemplada por el ordenamiento jurídico colombiano?.....	37
•	Capítulo 3: Estudio de caso.....	47
	3.1 La delimitación del páramo de Santurbán y la Sentencia C- 035 de 2016, una lucha entre derechos adquiridos y la protección al medio ambiente.....	48
	3.2 Eco- Oro y la expropiación indirecta.....	50
	3.3 La pequeña minería de Vetas y su desprotección.....	56
•	Conclusión.....	63
•	Bibliografía	66

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política colombiana señala en su artículo 58 que se garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos, adicionalmente señala que por razones del interés social o utilidad pública se podrán realizar expropiaciones mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esto no solo para salvaguardar la primacía del interés general sobre el particular, sino también para resarcir el daño en el que puede verse afectado un particular cuando su derecho de propiedad se ve afectado. Por su parte, la misma Constitución, en el artículo 13 consagra el derecho a la igualdad como un derecho fundamental, expresando que todas las personas deben recibir la misma protección y trato, y que gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, por motivos de origen nacional, entre otras causas, todo dentro del marco de los fines previstos en el preámbulo de la Constitución, de acuerdo con el cual se debe asegurar a los integrantes de la nación la justicia y la igualdad, entre otros derechos.

De esta manera, constitucionalmente se consagra la propiedad privada como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pero ¿será en la práctica, igualitaria dicha protección a todos los propietarios en Colombia? Esta monografía tiene como objetivo analizar cómo se protege actualmente en el país el derecho a la propiedad privada, comparando el caso del tratamiento a los nacionales y a los inversores extranjeros que están cobijados por un tratado de libre comercio. Así, se analizará más específicamente cómo se protege o se resarce el daño a un particular cuando es propietario de un bien o derecho económico que no puede ejercer pues los atributos que lleva consigo se obstaculizan, dejando al derecho sin contenido.

Tener el derecho de propiedad sobre un bien no solo implica ser titular del mismo, sino también tener la posibilidad de aprovecharlo económicamente; por lo tanto, cuando los atributos de la propiedad se limitan de tal manera que este derecho se

vacía de todo contenido, se produce una verdadera vulneración que atenta contra el ejercicio del derecho a la propiedad privada. Si bien es cierto que el derecho a la propiedad privada admite limitaciones, también lo es que no por este motivo pierde la calidad de derecho fundamental, pues en términos generales todos los derechos fundamentales pueden ser sometidos a algún tipo de restricción y estas serán admisibles siempre y cuando no afecten su núcleo esencial. A diferencia de lo que ocurre con otros derechos fundamentales, ni la jurisprudencia administrativa ni la constitucional ni mucho menos el legislador, han desarrollado medidas efectivas de protección a los titulares del derecho a la propiedad privada cuando el Estado adopta disposiciones que, a pesar de permitirle al ciudadano la posibilidad de conservar la titularidad jurídica del bien, le restringen la posibilidad de aprovechamiento económico hasta el punto de dejarlo vacío de todo contenido o, dicho en la terminología propia de este trabajo, le impone una expropiación indirecta, figura esta que se diferencia de la expropiación directa pues en esta si se le quita al propietario la titularidad del bien. En efecto, no existe en nuestro ordenamiento jurídico ninguna norma general que le prohíba a las autoridades públicas restringir el ejercicio efectivo del derecho a la propiedad privada, so pena de una previa indemnización, como si ocurre con la figura de la expropiación directa.

Lo que sí existe son normas especiales para la protección al derecho a la propiedad privada para los inversores extranjeros amparados por acuerdos bilaterales de inversión celebrados entre Colombia y su Estado de origen, pues en estos se acostumbra incluir una cláusula de protección que prohíbe la expropiación indirecta a no ser que sea para proteger el interés general, caso en el cual debe existir una indemnización, previa, rápida y efectiva.

Lo que busca el presente trabajo es entonces evidenciar la desigualdad que actualmente se presenta en el protección jurídica del derecho fundamental a la propiedad privada con respecto a los nacionales colombianos frente a los inversionistas extranjeros, situación que da lugar a un claro tratamiento preferencial a favor de estos últimos. Para efectos de facilitar el análisis y

comprensión de este problema, he adoptado como caso de estudio la protección de los títulos mineros y he tomado un caso específico (la delimitación del Páramo de Santurbán), en el cual, como consecuencia de una decisión administrativa, se afectaron títulos mineros tanto de nacionales colombianos como de inversores extranjeros. Esto nos permitirá constatar si efectivamente se presenta o no un trato discriminatorio entre ambas categorías de titulares del derecho a la propiedad.

Esta monografía se dividirá entonces en tres capítulos, en el primero se hará un recorrido histórico de lo que ha sido el derecho a la propiedad privada desde el concepto clásico-liberal hasta la actualidad, lo anterior nos llevará a comprender que el concepto actual de propiedad privada recae más allá de un bien corporal, lo que nos llevará a justificar que los títulos mineros pueden ser parte de lo que ampara el derecho fundamental de propiedad privada. En el segundo capítulo, una vez se tenga claro lo que implica ejercer el derecho de propiedad privada, se expondrá cómo se protege este derecho fundamental tanto en el ordenamiento jurídico interno bajo la prohibición de expropiar, y de indemnizar cuando se expropie en aras de proteger el interés general, como en el ordenamiento jurídico internacional en los Acuerdos Internacionales de Inversión; este capítulo tiene como finalidad la de exponer cuál es el tratamiento que a la expropiación, ya sea directa o indirecta, le da el ordenamiento jurídico interno e internacional, para poder identificar, si el trato diferenciado en razón de la nacionalidad existe. Finalmente, en el último capítulo se expondrá el caso de los titulares de derechos mineros afectados por la delimitación del páramo de Santurbán, esto con el objetivo de ejemplificar cómo es el tratamiento diferenciado que se le daría a un inversor nacional y a uno extranjero, en el supuesto en el que se viera erosionado el contenido del derecho, en este caso el contenido de los títulos mineros, que daría el derecho a explorar y explotar la determinada zona autorizada del territorio.

CAPÍTULO I

Protección constitucional de los títulos mineros como derechos de propiedad privada

El objetivo de este capítulo es exponer un concepto del derecho fundamental de propiedad privada, esto es importante, pues la tesis central del texto es que hay un privilegio del inversor extranjero en su protección a la propiedad privada. Para poder indicar que existe dicho privilegio, en primer lugar será primordial entender qué es lo que se entiende como propiedad privada a la luz del marco constitucional colombiano. De esta manera se hará un recuento histórico que partirá del concepto clásico-liberal de propiedad, hasta la Constitución de 1991 para señalar cómo se ha transformado el concepto de propiedad a lo largo de la historia, hasta llegar al significado actual que puede tener la propiedad privada y que será acogido para objeto de este texto, dicho concepto será clave para la justificación de la tercera sección de este capítulo, en la cual se definirán a los títulos de explotación minera como propiedad privada, estos títulos son claves pues el caso que se estudiará para ejemplificar el privilegio de los inversores extranjeros se hará desde la protección a los títulos mineros como propiedad privada, esto pues se demostrará que esta es la naturaleza de los mismos y que así los está protegiendo nuestro ordenamiento jurídico.

1.1 Concepto Clásico- Liberal del derecho de propiedad privada, el inicio de la constitucionalización de la propiedad privada

El derecho a la propiedad privada es un derecho dinámico que ha ido cambiando a lo largo de la historia, lo que implica que se ha redefinido de acuerdo a las necesidades y a las coyunturas de cada época. La definición que el Código Civil Colombiano tiene de la propiedad privada en su artículo 669, según la cual *“el dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*, obedeció a la conceptualización de este derecho en la época de

las revoluciones liberales y posterior codificación en el Código Napoleónico, el cual tuvo una fuerte influencia en el derecho privado Colombiano.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se consagra el derecho de la propiedad privada, dándosele incluso el carácter de *sagrada e inviolable*¹. Se equipara este derecho, con la libertad, pues en la época realmente eran libres y tenían derechos políticos quienes eran propietarios. Que este derecho tuviera tal protección no era gratuito para la época y obedecía a las inconformidades que se estaban sintiendo para el momento en Europa. La sociedad, estaba reaccionando en contra de lo que quedaba del feudalismo, y así, empezaron a darle la calidad de propietario a quienes eran para la época los tenedores de la tierra². Que se les protegiera su propiedad en ese entonces como sagrada e inviolable era la reivindicación a los abusos que habían recibido por parte de supuestos propietarios, que en realidad los despojaban de lo que realmente les correspondía.

John Locke en años anteriores ya había señalado lo mismo cuando manifestó que nadie puede aprovecharse del sufrimiento y esfuerzo ajeno, reivindicando así el derecho que todos los hombres tienen *de salvaguardar su existencia y por consiguiente de comer, beber y de disponer de otras cosas que la naturaleza otorga para su subsistencia*³. De esta manera Locke desarrolla un concepto de propiedad privada que está vinculado estrechamente con el trabajo, señalando de esta forma que cuando el hombre ha trabajado sobre determinada cosa, ha logrado adquirir derecho de propiedad sobre la misma. Esto, cabe decirlo, también obedecía al contexto en que vivía, en donde el rey tomaba atribuciones excesivas en perjuicios de los propietarios tales como el acantonamiento, los préstamos forzados a la Corona y el impuesto por las naves de guerra⁴.

¹ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Artículo 17. 1789

² María del Pilar Álvarez Pérez. *La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica*, pág. 20. Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2014.

³ John Locke. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Pág 22. Ed., Aguilar (1973)

⁴ Jorge Humberto Pérez Sánchez. *Vida Propiedad y Libertad en John Locke*. Economía y Derecho, 2011, pág. 49

No es entonces de extrañar que para el siglo XIX el concepto de propiedad privada se construyera con fuertes limitaciones a las injerencias de terceros⁵ y una fuerte protección fundamentada desde la individualidad del derecho. Esto también quedó posteriormente consignado en el Código Civil Francés, el cual en su artículo 544 menciona a la propiedad privada como *el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto*.

El concepto de propiedad privada clásico lleva consigo características como su exclusividad, perpetuidad, univocidad, individualidad. También que es un derecho ilimitado y absoluto.⁶ Si bien el derecho para la época era más un cúmulo de libertades que de limitaciones, también se pensaba en el interés social en ese entonces. El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, señalaba que se podría privar a alguien de la propiedad *cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente y a condición de una justa y previa indemnización*. También ese uso absoluto que menciona el Código Civil Francés era limitado por las leyes y reglamentos.

El Código Civil Colombiano, inspirado en el concepto clásico- liberal que de manera resumida se señala en los párrafos anteriores, también delimitaba el uso arbitrario a de la propiedad privada a que no fuera en contra de la *ley o derecho ajeno*. De esta misma forma, las constituciones colombianas del siglo XIX, inspiradas por el liberalismo clásico, consideraron que la propiedad privada era un derecho casi absoluto pues se establecían limitaciones para su ejercicio; sin perjuicio de que se previera la posibilidad de que el Estado pudiera acudir a la expropiación por graves motivos de utilidad pública y previa indemnización,

⁵ Así también lo señala Héctor Quintero Santaella el cual menciona el concepto clásico-liberal es el *“reflejo de la mentalidad política de la época (empeñada en asegurar la libertad de los individuos y la autonomía de la sociedad frente al Estado), la idea de remitir este asunto al legislador encaja también dentro de la lógica jurídica entonces imperante y del papel meramente limitativo que a la sazón se otorgaba a las constituciones”*. Héctor Quintero Santaella. *El régimen constitucional de la propiedad privada en Colombia y su constitucionalización* (tesis de doctorado), pág 13. Universidad Autónoma. Madrid. Recuperado en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246>

⁶ Vicente Montés. *La propiedad privada en el sistema de Derecho Civil contemporáneo*, pág 67 Ed., Civitas (1980)

destacándose desde esa época el principio de la prevalencia del interés general frente al interés particular.

En la Constitución Política de 1886 se introdujo el concepto que permite afirmar que la propiedad privada podría estar sujeta a limitaciones, al expresarse en el inciso segundo del artículo 31 que “[C]uando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley; el interés privado deberá ceder al interés público...”(subrayado fuera del texto), así para la época de dicha Constitución, la posterior Corte Constitucional ha mencionado que no se tenía un concepto de propiedad privada tan absoluto, así lo describían autores como Fritz Schulz para el cual “*La propiedad es un derecho sobre una cosa corporal que confiere por principio a su titular, un pleno poder de la cosa, aunque este poder puede estar sujeto a variadas limitaciones”.*⁷

La propiedad bajo un concepto clásico-liberal era un derecho individual, donde su titular podía hacer uso de un bien, principalmente corporal⁸, a su arbitrio, con los únicos límites que le impusiera la ley o el derecho ajeno, garantizándosele de esta manera al propietario la no injerencia de terceros en el libre uso, goce y la libre disposición de su bien aunque ya se admitía la posibilidad de que existieran limitaciones impuestas por el Estado para garantizar la prevalencia del interés público, lo que incluso podría dar lugar al uso de la expropiación.

Este concepto fue clave para la protección del derecho de propiedad privada pues lo reivindicó como un mecanismo que busca garantizar esferas de libertad y supervivencia humana; sin embargo, no debe olvidarse que las constituciones del siglo XIX son fruto de las teorías liberales burguesas y como tales, más que buscar proteger el acceso a la propiedad privada, solo se encargaban de proteger

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C- 595 de 1999. (M.P Carlos Gaviria Díaz; Agosto 18 de 1999)

⁸ El Código Civil ya menciona que sobre los bienes incorporeales *hay también una especie de propiedad*, artículo 670, sin embargo sobre esta no se fundó todo el concepto de la propiedad privada para la época pues como se puede apreciar en el contexto histórico que cobija dicha denominación, el derecho a la propiedad privada principalmente para ese entonces era sobre bienes inmuebles, pues el objetivo del mismo era garantizar una subsistencia material principalmente a los tenedores de la tierra y a los frutos de la misma.

a algunos que ya tuvieran tierras. Tampoco se ocupaban de la redistribución de los recursos y mucho menos se veía el ejercicio de dicho derecho como con una función social.

Durante el siglo XX y especialmente a partir de la reforma constitucional de 1936, comienza a cambiar significativamente el concepto de propiedad al asignarle una función social, lo que permitía la imposición de diferentes limitaciones en su ejercicio, además de abrir la posibilidad de que se propendiera por el acceso y la redistribución de los recursos, lo cual se concretó, por ejemplo, en la reforma agraria decretada a través de la Ley 200 de 1936. Esta función social de la propiedad, la retoma finalmente, la Constitución Política de 1991, y tal como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia C-595 de 1999, se atenúa aún más las connotaciones individualistas del derecho, acentuando la función social, agregándole además al derecho de propiedad una inherente función ecológica con el mandato de que sean protegidas y promovidas formas asociativas y solidarias de propiedad.

Estos nuevos parámetros de re-significación de la propiedad privada, hicieron que la misma tuviera un nuevo alcance, así como que su contenido ya no fuera tan simple como el dominio de un bien corporal, de esta manera, vale la pena abordar cuál es el actual alcance constitucional de este derecho.

1.2 El alcance constitucional del derecho fundamental de propiedad privada y su protección

Si bien el objeto de este artículo no es hacer un análisis del desarrollo a nivel constitucional de la propiedad privada, con este acápite pretendo señalar ciertas características de este derecho, que son fundamentales para el desarrollo del texto en general.

La propiedad privada está consagrada en el artículo 58 de la Constitución Política, el cual dicta lo siguiente:

“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, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.

El derecho a la propiedad, en todas sus facetas, y los demás derechos adquiridos están dentro del Capítulo 2 correspondiente a los derechos económicos, sociales y culturales. Lo anterior no le quita la calidad de derecho fundamental, pues tal y como los señaló la Corte Constitucional en Sentencia T- 016 de 2007 “la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”.

Además este derecho es de carácter subjetivo; así lo ha reconocido la sentencia C-474 de 2005, en la cual se expone el desarrollo del derecho a la propiedad privada, señalando que desde su codificación en el artículo 544 del Código Civil Francés, la propiedad era considerada *el derecho subjetivo por antonomasia, con capacidad de exclusión de los intereses de terceros y de la propia sociedad*. Derecho subjetivo que según la sentencia se ha ido matizando debido a que este derecho jamás podrá desconocer la función social y ecológica que lleva consigo. No por lo anterior entonces la Corte le ha quitado el carácter de subjetivo a este derecho, solo lo ha limitado.

Así, el derecho a la propiedad es un derecho fundamental que tal y como lo señala la Constitución, está sujeto a una función social y ecológica que hace que no sea considerado como un derecho absoluto. De esta manera lo ha mencionado en

diferentes ocasiones la Corte Constitucional⁹, declarando incluso inexecutable el adverbio *arbitrariamente* que estaba consagrado en el artículo 669 del Código Civil¹⁰.

Cabe además señalar, que si bien este derecho es fundamental, no se puede acudir a la acción de tutela para su amparo si no es por conexidad con otros derechos. Lo anterior ya ha sido reiterado varias veces¹¹ por la Corte Constitucional en diferentes sentencias, una de estas la T 1321 de 2005, la cual señala que:

“[...] entendido que el derecho a la propiedad privada no corresponde al grupo de aquellos derechos de aplicación directa, su protección por vía de tutela solo será viable en el evento en que su desconocimiento, afecte derechos que por naturaleza son fundamentales y que requieren en consecuencia, la protección inmediata y efectiva que ofrece la acción de tutela. Bajo este predicamento, la afectación del derecho a la propiedad privada y su posible protección por medio de la acción de tutela habrá de verificarse por parte del juez constitucional en cada caso en concreto, pues éste deberá ponderar las circunstancias fácticas y probatorias del caso, para que, verificada la conexidad entre este derecho y los derechos fundamentales a proteger, el amparo constitucional reclamado por esta vía excepcional, sea viable. Consecuencia de lo anterior, es la imposibilidad jurídica para definir en abstracto el carácter fundamental del derecho a la propiedad privada”.

Adicionalmente, si bien se ha mantenido a lo largo de la historia constitucional un concepto de propiedad privada que aún es muy apegado a lo que se señala en el

⁹ Sentencias de la Corte Constitucional como C- 006 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Enero 18 de 1993), C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; Septiembre 24 de 2002), y C- 669 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis; Agosto 20 de 2002).

¹⁰ En la sentencia C 595 de 1999, se declara inexecutable *arbitrariamente*, ya que va en contra de la función social y ecológica propia del derecho a la propiedad privada. Dicha función es incluso anterior a la Constitución Política de 1991, dejándose expresa en el artículo 10 del Acto Legislativo No. 1 de 1936.

¹¹ Sentencias como: T-310 de 1995 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; Julio 17 de 1995), T-413 de 1997 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo; Agosto 28 de 1997), T-831 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería; Septiembre 1 de 2004).

Código Civil colombiano, donde la propiedad se ejerce a través del uso, goce y disposición de un bien, ya sea corporal o incorporal, cabe anotar que el atributo de libre disposición¹², la Corte lo ha empezado a sacar del núcleo esencial del derecho, tal como lo mencionó en sentencia C- 189 de 2009. En esta sentencia, la Corte no consideró como violatorio al derecho a la propiedad privada la prohibición de enajenar tierras en zonas de parques naturales, dejando entonces como atributos esenciales de la propiedad solo el goce y uso del bien.

Tener un concepto consolidado de lo que es propiedad privada en Colombia, constitucionalmente hablando, ha sido difícil tal y como lo señala Héctor Quintero Santaella, al expresar que el “*énfasis generalizado puesto en decir aquello que no es (en negativo) la propiedad constitucional ha impedido, en cierta forma, un mayor interés en conocer aquello que es (en positivo)*”.¹³ Dicho tratamiento dificulta mi acercamiento conceptual respecto a la relación de derechos adquiridos y la propiedad, ya que la Corte Constitucional ha protegido a los derechos adquiridos que señala el artículo 58, sin hacer mención a si estos hacen parte de la propiedad privada.

Que sean o no propiedad privada no ha sido determinante para la Corte Constitucional para protegerlos en razón del artículo 58, tal y como lo ha destacado su protección constitucional en sentencias como la C- 758 de 2002. De esta manera si bien no los nombra como derechos de propiedad privada, les ha dado un tratamiento igual de protección.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, institución del sistema regional de derechos humanos, cuyas decisiones son vinculantes mediante la figura del control de convencionalidad¹⁴, por el contrario, ha sido clara en señalar que los

¹² Héctor Quintero Santaella. *El régimen constitucional de la propiedad privada en Colombia y su constitucionalización* (tesis de doctorado) pág 46. Universidad Autónoma. Madrid. Recuperado en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246>

¹³ *Id.* En pág. 40

¹⁴ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas [...]. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los

derechos adquiridos hacen parte de la propiedad privada de un individuo, derecho consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala lo siguiente:

1. “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

Así, a la Corte Interamericana también se le han planteado violaciones de derechos adquiridos, y esta ha considerado que dichas violaciones constituyen la vulneración al artículo 21 de la Convención, el cual tiene como título Derecho a la Propiedad Privada.

En el caso Cinco Pensionistas v. Perú, la Corte Interamericana se pronunció respecto al derecho a la pensión, el cual como derecho adquirido que entró al patrimonio de las personas, era objeto de protección desde el artículo 21, la propiedad privada. De esta manera señaló:

“En este orden de ideas, el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada [...] en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas. [...] esta Corte considera que, desde el momento en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley Nº 20530, dejaron de prestar servicios

casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. (subraya fuera del texto)

a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana”.

Adicionalmente, en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, la Corte señaló que cuando en la Convención se menciona el libre uso y goce de los bienes, dichos bienes

“pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor [...] Es evidente que esta participación en el capital accionario era susceptible de valoración y formaba parte del patrimonio de su titular desde el momento de su adquisición; como tal, esa participación constituía un bien sobre el cual el señor Ivcher tenía derecho de uso y goce”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya ha expresado que bajo el ámbito de protección del derecho a la propiedad, caben conceptos tan disímiles como el derecho a la pensión y el derecho a la participación accionaria. Para lo Corte, el factor determinante es que ambos derechos son susceptibles de valoración patrimonial y por tanto debe considerarse que hacen parte de la esfera de protección de la propiedad privada.

Si bien la Corte Constitucional colombiana, no ha mencionado explícitamente a los derechos adquiridos como parte de la propiedad privada, ya que incluso el artículo 58 señala “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos dicha apreciación” (subrayado fuera del texto), esto podría ser matizado con los pronunciamientos previamente mencionados de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Además cabe anotar que si bien el artículo 58 de la Constitución separa a la propiedad privada y los demás derechos adquiridos, su garantía constitucional es la misma, por lo tanto, si se acogiese un concepto más amplio de propiedad privada, tal y como lo propone la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se puede concluir que los derechos adquiridos hacen parte de los derechos de propiedad privada.

La Corte Interamericana ha indicado de esta forma que los derechos adquiridos susceptibles de valor económico entran al patrimonio de un individuo, para su uso y goce exclusivo, tal y como lo harían los bienes objeto de la propiedad privada, por lo tanto su tratamiento es el mismo, y coinciden con el numeral 1 del artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el “libre uso y goce de los bienes”. Tomando esto en cuenta, y teniendo claro que la jurisprudencia de esta Corte es vinculante para el país mediante el control de convencionalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, instrumento que hace parte del bloque de constitucionalidad, se puede concluir entonces que los derechos adquiridos hacen parte de la propiedad privada de un individuo.

De este modo, de acuerdo a las características mencionadas en este apartado bajo la óptica constitucional del derecho a la propiedad privada, se puede advertir la construcción del concepto de un derecho creado desde sus límites: no es absoluto, no es susceptible de amparo directo mediante la acción de tutela, debe cumplir una función social y ecológica y es susceptibles de expropiación mediante un debido proceso y previa indemnización en aras de proteger el interés general ¿qué es la propiedad privada constitucional? De acuerdo a los parámetros que nos ha dado la ley y la jurisprudencia tanto nacional como internacional, y haciendo uso de la definición que propone Héctor Santaella Quintero, la propiedad privada será definida como la “cobertura a todo derecho o situación jurídica subjetiva de contenido patrimonial que conceda a su titular un ámbito de aprovechamiento privado

exclusivo y excluyente”¹⁵. Dicho derecho o situación tiene protección constitucional al ser la propiedad privada un derecho fundamental, ya hemos visto como esta garantía se ha extendido a la protección de las pensiones, e incluso a la participación accionaria por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al ser el estudio de caso de este texto la defensa de los títulos mineros, es necesario ahora analizar si dichos títulos al ser derechos adquiridos están cobijados también por la garantía constitucional de la propiedad privada.

1.3 Títulos para la exploración y explotación minera ¿derecho de propiedad privada?

Una vez esclarecido el concepto de propiedad privada que se ha acogido para fines de este texto, es necesario ahora relacionarlo con el objeto de estudio que este artículo propone, a saber, los títulos para la exploración y explotación minera en Colombia. Por lo tanto, el propósito de este apartado es exponer lo que se ha dicho en relación con la calidad de tales títulos, para así en primer lugar indicar que estos son derechos adquiridos y en segundo lugar, que de esta manera hacen parte de la garantía constitucional a la propiedad privada señalada en el artículo 58.

Actualmente el derecho que tiene una persona ya sea natural o jurídica para la exploración y explotación de minerales en Colombia, se otorga mediante un contrato¹⁶ de concesión minera, de acuerdo con el Código de Minas (Ley 685 de 2001). El artículo 14 de esta Ley menciona que *“a partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a*

¹⁵ Héctor Quintero Santaella. *El régimen constitucional de la propiedad privada en Colombia y su constitucionalización* (tesis de doctorado), pág 719. Universidad Autónoma. Madrid. Recuperado en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246>

¹⁶ El artículo 45 de la Ley 685 de 2001 lo define como *el que se celebra entre el Estado y un particular para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que puedan encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.*

El contrato de concesión comprende dentro de su objeto las fases de exploración técnica, explotación económica, beneficio de los minerales por cuenta y riesgo del concesionario y el cierre o abandono de los trabajos y obras correspondientes.

explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional". Anteriormente el derecho de explotación o exploración de minerales se hacía a través de una licencia, dichas licencias de acuerdo con el mismo artículo siguen estando vigentes sin importar la nueva normativa.

Son principalmente estos dos los títulos de explotación o exploración minera. Las licencias, que era el título otorgado antes de la Ley 685 de 2001, y el contrato de concesión minera que es el título que actualmente concede el Estado para cumplir el mismo objetivo. Cabe anotar, que previamente también había propiedad privada minera, estos títulos eran reconocidos por la Ley 20 de 1969, la cual señalaba en su artículo primero que se respetarían los derechos de las personas "con situaciones jurídicas, subjetivas y concretas debidamente perfeccionadas y vinculadas a yacimientos descubiertos". Los títulos de propiedad minera pueden incluso estar vigentes en este momento, si como lo señaló la Ley 57 de 1987 en su artículo 269, dichos títulos se registraron dentro de un año posterior a la vigencia de dicha ley¹⁷.

De esta manera actualmente nos encontramos con tres títulos que dan derechos de exploración y explotación minera. Los dos últimos, que son los más frecuentes a la fecha, tienen un contenido similar, así lo señala el artículo 15 de la Ley 685 de 2001,

"El contrato de concesión y los demás títulos emanados del Estado de que trata el artículo anterior, no transfieren al beneficiario un derecho de propiedad de los minerales "in situ" sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades".

¹⁷ Artículo declarado exequible por la Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz; Enero 18 de 1993).

El punto clave en esta sección es analizar si las licencias y contratos de concesión son una faceta propia de la propiedad privada cobijada por el artículo 58 de la Constitución Política, al considerarse derechos adquiridos. Claro está que la propiedad privada minera, tal y como su nombre lo indica es un título de propiedad privada, ahora bien ¿así mismo lo serán las licencias y contratos de concesión?

El artículo 15 del actual Código Minero señala que “*los títulos no confieren la propiedad de los minerales in situ*”, es decir, en el sitio cuando aún no han sido extraídos. Lo que establecen los títulos es el derecho para que de forma exclusiva y temporal se establezca la existencia de minerales y una vez extraídos se tendrá el derecho de apropiárselos.

Pareciera entonces que con los títulos de explotación y exploración minera estuviésemos al frente de derechos adquiridos. Sin embargo lo anterior ha sido objeto de polémica, y hay quienes consideran que estos no son derechos adquiridos, así lo señalan Mayra Alejandra Luna Gélvez y Natalia Correa Sánchez¹⁸.

Las autoras señalan que no hay derechos adquiridos, en resumen, pues el artículo 58 de la Constitución Política señala que estos deben ser con arreglo a las leyes civiles, y claramente el contrato de concesión minera hace parte del derecho público, así también manifiestan que:

“las relaciones jurídicas que se crean para explotar recursos naturales no renovables, al ser de derecho público, no son definitivas ni consolidan derechos adquiridos. Esta noción solo se configura en aquellas circunstancias que regulan las leyes civiles. Las relaciones jurídicas que se forman bajo las leyes de carácter público tienden a ser provisionales, subordinadas al interés común y al derecho policivo del Estado”¹⁹.

¹⁸ Mayra Alejandra Gélvez & Natalia Correa Sánchez. *Inexistencia de derechos adquiridos: Títulos mineros vigentes en áreas posteriormente declaradas excluibles de minería*. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Junio de 2015, en 4.

¹⁹ *Id.* En Pág. 19.

Adicionalmente mencionan varias sentencias de la Corte Constitucional que justifican esta posición, una de estas la sentencia C-183 de 2003, donde se estudia la concesión de bienes de uso público, y se concluye que “el contrato de concesión no otorga derechos adquiridos respecto de los bienes sobre los que recae el objeto del negocio jurídico, sino que es una situación precaria, temporal y rescindible, debido a razones de interés común”²⁰.

Esta posición no debería aceptarse obligatoriamente, así encuentre sustento en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, pues no necesariamente la temporalidad o la rescindibilidad de un derecho por razones de interés público, implica que se trate de un derecho que no ha sido adquirido de acuerdo con las leyes vigentes. Basta mencionar que la propiedad privada puede perderse por razones de utilidad pública a través de la expropiación y puede extinguirse por el no cumplimiento de la función social o ecológica de la propiedad (artículo 52 de la ley 160 de 1994) o por haberse destinado a actividades ilícitas (ley 1708 de 2014); por otro lado existen formas de propiedad como la fiduciaria que están sometidas a límites temporales así como ocurre con algunos derechos reales como el uso y el usufructo que también pueden ser sometidos a este tipo de límites, pero no por ser temporales puede afirmarse que no constituyen un “*derecho adquirido*”.

Me inclino a entender que lo opuesto al derecho adquirido no son los derechos que están sometidos a algún nivel de precariedad o de riesgo de ser extinguidos por razones de interés general, pues de ser cierta esta concepción ningún derecho podría tener la calidad de “derecho adquirido” por las razones antes anotadas; realmente lo opuesto al derecho adquirido son las meras expectativas tal como lo ha afirmado la Corte Constitucional cuando ha explicado que “El derecho adquirido se incorpora de modo definitivo al patrimonio de su titular y queda a cubierto de cualquier acto oficial que pretenda desconocerlo, pues la propia Constitución lo garantiza y protege; no ocurre lo mismo con la expectativa que, en general, carece

²⁰ *Id.*

de relevancia jurídica y, en consecuencia, puede ser modificada o extinguida por el legislador”(subrayado fuera del texto)²¹.

En este orden de ideas, los títulos mineros sí son derechos adquiridos, pues cumplen con la descripción que la Corte Constitucional ha hecho de aquellos, ya que se “han verificado todas las circunstancias y requisitos legales previstos para atribuir o dar por nacido un derecho, aunque este no se haya aún ejercido o consumado”²² y este se entiende incorporado al patrimonio personal; esto sin perjuicio de que, como cualquier derecho económico, esté sometido a limitaciones en su ejercicio e incluso a la posibilidad de que se pierda en determinadas circunstancias.

Los títulos mineros adquieren vigencia cuando se otorga la licencia o se perfecciona el contrato de concesión minera, el mismo de acuerdo con el artículo 50 “debe estar contenido en documento redactado en idioma castellano y estar a su vez suscrito por las partes. Para su perfeccionamiento y su prueba sólo necesitará inscribirse en el Registro Minero Nacional”. En ese momento, tal y como lo señala la Corte Constitucional en la sentencia previamente señala, nace un derecho en cabeza del concesionario, aunque aún no se haya ejercido.

Si bien este contrato no es de acuerdo al derecho privado, sino al derecho público, esto tampoco es impedimento para que sea un derecho adquirido, ya que también la Corte Constitucional ha señalado en sentencias como la C- 374 de 1997 que

“con arreglo a las leyes civiles”, [es una] expresión que, a juicio de la Corte, no es específica sino genérica, es decir, alude tanto a las reglas integrantes del Código Civil y disposiciones complementarias, como al conjunto del ordenamiento jurídico basado en la Constitución”.

Adicionalmente, que los derechos otorgados con arreglo a las leyes del derecho administrativo y no civiles, estén subordinadas al interés común, en nada dista de la función social y ecológica mencionada en el artículo 58, donde se menciona que

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-168 de 1995. (M.P Carlos Gaviria Díaz; Abril 20 de 1995)

²² *Id.*

todo derecho a la *propiedad privada y demás derechos adquiridos* estará subordinada al interés general o utilidad pública, contemplando incluso la expropiación de los derechos del particular.

Si bien en esta clasificación no hay una única respuesta, optaré por la corriente de quienes señalan que hay un derecho adquirido en el caso en cuestión²³, pues de acuerdo a lo previamente señalado, no parecen ser convincentes las razones para decir lo contrario. Así, de asumir que hay un derecho adquirido en el titular del contrato de concesión o en la licencia, cabe ahora preguntarse si dichos derechos adquiridos son una faceta propia de la propiedad privada, y por ende tienen protección constitucional bajo el artículo 58.

Con las sentencias citadas en la sección anterior, se puede apreciar que no hay una posición clara de la Corte Constitucional, como si la ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se puede apreciar, que al carecer de un concepto constitucionalmente establecido de lo que es propiedad privada, el contenido de la misma igualmente se difumina.

Para justificar que los títulos de explotación y exploración minera hacen parte de la propiedad privada de sus titulares y sin repetir lo que previamente se enunció acerca del carácter constitucional de los mismos, haciendo uso de la doctrina, y de los análisis que académicamente se han hecho sobre los casos en los que el Estado vulnera dichos títulos a inversionistas extranjeros, podré fundamentar la posición que es clave para el desarrollo de este artículo, los títulos de explotación y exploración minera, son propiedad privada.

En el artículo, *Notas sobre el concepto de propiedad*, Héctor Santaella Quintero realiza una distinción metodológica para clarificar todos los tipos de propiedad privada que están vigentes actualmente. Entre la clasificación que hace, nombra a un tipo de propiedad como *propiedad especial*, esta la define como:

²³ Hay autores que al parecer dan incluso esto por hecho, así lo hace Aleksey Herrera Robles en su artículo *Los derechos adquiridos frente a la función administrativa*. En este texto pasa a analizar cómo se protegen los derechos adquiridos en las decisiones producidas por la autoridad pública.

“La propiedad especial tiene también un sentido económico y personal. Su objeto primordial lo constituyen bienes inmateriales, especialmente posiciones jurídico-públicas de contenido patrimonial configuradas en el ámbito de la Administración económica, tales como licencias de uso de suelo, concesiones de aprovechamiento privativo de recursos naturales, títulos de explotación minera, derechos contractuales, bonos de deuda pública o subvenciones. Más que relaciones jurídicas enderezadas a la apropiación material inmediata y directa de un bien, esta clase de propiedad se orienta a permitir el acceso y aprovechamiento por particulares de determinados bienes o de ámbitos controlados por la Administración”²⁴.

La garantía de propiedad privada, un derecho que como previamente se señaló es subjetivo y no real, ha pasado a ser entendida como

“un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente sujeta a una función social cuyo contenido recae sobre una genérica utilidad privada para su titular, la propiedad privada pasa de ser un derecho sobre las cosas a ser un derecho sobre los derechos, cuya misión no es otra que proteger “lo adquirido” y asegurar su subordinación a las exigencias del interés general y la correlativa apertura a las distintas formas de intervención estatal sobre este ámbito”²⁵.

La garantía constitucional de la propiedad privada se amplía entonces para proteger lo adquirido, dentro de estos bienes los títulos mineros, los cuales son permisos de explotación y exploración que le dan derecho a un particular para apropiarse de minerales cuando los explote y extraiga. El derecho que adquiere entonces el titular es el de explotar y explorar una sitio que tiene recursos mineros para apropiarse de los mismos una vez los extraiga, el titular de dicha licencia o concesión minera estaría protegido por el derecho fundamental de propiedad

²⁴ Héctor Quintero Santaella. *Notas sobre concepto y la garantía de la propiedad en la Constitución colombiana*, pág. 247. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado. 2011.

²⁵ *Id.* Pág. 248.

privada pues tiene un derecho de exploración, explotación y apropiación de minerales, que de acuerdo al artículo 58, sólo podría ser restringido en aras de protección al interés general o utilidad pública.

Esta opinión de la doctrina, es sostenida también por los titulares de dichos derechos adquiridos, así por ejemplo lo han manifestado en la reciente demanda los inversores extranjeros de Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy. Inc contra Colombia ante tribunal internacional de arbitraje debidamente conformado mediante los reglamentos de la Comisión para las Naciones para el Derecho Mercantil. Los demandantes consideraron que la imposibilidad de ejecución del proyecto minero Taraira, por la ubicación del Parque Nacional Yaigójé Apaporis en el mismo sitio, ha vulnerado sus derechos de propiedad, vulnerando el artículo 58 de la Constitución Colombiana. Lo anterior debido a que el contrato de concesión minera, debidamente perfeccionado con la Agencia Nacional de Minería quedó sin efectos.

Así se puede ver que afirmar que los títulos mineros son propiedad privada, y que por lo tanto deben ser protegidos constitucionalmente no es solo una posición sostenida por algunos académicos, sino también por accionantes que buscan salvaguardar su propiedad privada o que se indemnice la afectación de la misma. Siguiendo esta línea se considerará entonces a los títulos de explotación y exploración minera, como las licencias y los contratos de concesión minera, como objeto de protección constitucional ya que son derechos adquiridos que además entran al patrimonio de la persona y con ello quedan dentro de la esfera de la propiedad privada.

Lo anterior es importante afirmarlo de esta manera, pues solo así se podría concluir que actuar en detrimento de estos, únicamente podría ser justificado por la protección al interés general y mediante un proceso de expropiación debidamente establecido en la ley, que conllevaría además una previa indemnización; o bien, si constituye objeto ilícito, mediante la figura de extinción de

dominio. Que dichos títulos hagan parte de la propiedad privada exigiría entonces que se les diera un tratamiento igual al de cualquier derecho de propiedad privada sobre bienes materiales o inmateriales. Esto entonces, que no se tenga privilegio o discriminación alguna, ya que constitucionalmente se establece cuál debe ser el tratamiento para la propiedad en general.

Ahora bien, una vez establecida la calidad que tienen los títulos de explotación y exploración minera, cabe entonces preguntarse acerca de cuál ha sido la protección que constitucional y legalmente se les ha dado a los propietarios de estos títulos. Concretamente a aquellos propietarios que tienen la calidad de inversores extranjeros cobijados por tratados bilaterales de inversión. Con la figura de expropiación indirecta, que se analizará en el siguiente capítulo, y con el análisis del caso que va a ser objeto de discusión en el ámbito colombiano, se podrá concluir que hay un privilegio de trato para la protección a la propiedad privada de extranjeros, por parte de Estados como el nuestro. Si bien el análisis se hará desde los títulos mineros, es necesario anotar que este estudio cabría para todas las facetas de la propiedad privada, pues la Constitución les da a todas un tratamiento equitativo con unas figuras expresas para su salvaguarda en general.

CAPÍTULO II

Protección de la propiedad privada del inversionista extranjero en Colombia

En el capítulo anterior se hizo una síntesis del desarrollo de la que hasta el momento es la garantía constitucional a la propiedad privada, se concluyó de esta manera que dicha protección constitucional abarca también a los derechos adquiridos tales como lo serían los títulos de explotación y exploración minera.

Un acercamiento a la protección al inversionista extranjero desde los tratados bilaterales de inversión, y desde los tratados de libre comercio con capítulos de inversión (se denominarán en general “acuerdos” para objeto del texto), será importante ya que continuando con la línea de este trabajo, que es la de la protección a la propiedad privada desde la perspectiva de los derechos adquiridos como los títulos mineros, se podrá, ahora sí, indicar cómo los Estados actualmente están protegiendo en ese sentido al inversor extranjero en Colombia, y cómo dicha protección podría resultar en un privilegio tal como el que se analizará en un caso en particular en el último capítulo.

El objetivo de este capítulo es el de sentar los conceptos claves de la protección y promoción a la inversión extranjera en Colombia, enfocada desde la protección a la propiedad privada y su justa indemnización en casos de expropiación. De esta manera, en un primer momento se hará una descripción de lo que han sido los acuerdos bilaterales de inversión en Colombia y se analizarán en una segunda parte, ciertos tratados claves para el desarrollo del texto. La tercera parte de este capítulo estará focalizada en la figura de la expropiación indirecta y el desarrollo de este concepto será clave pues es mediante esta figura que se puede estar privilegiando al inversor extranjero sobre el nacional, en materia de defensa y protección al derecho de la propiedad privada. Finalmente, se estudiará la figura de expropiación indirecta dentro del ordenamiento nacional colombiano, para indicar que ella no está contemplada en nuestro marco jurídico legal, y así los

nacionales no podrían hacer uso de la misma en casos en que los extranjeros si pueden solicitar indemnizaciones.

2.1 Los acuerdos bilaterales de inversión con Colombia:

Los acuerdos bilaterales de inversión, pueden ser tratados bilaterales de inversión, o puede ser que en los tratados de libre comercio haya un capítulo que los contenga. Tanto si es un tratado independiente, como si es un capítulo de un tratado que regula aspectos más amplios en el ámbito del comercio, los acuerdos bilaterales de inversión, son acuerdos entre dos Estados que tiene como objetivo proteger la seguridad jurídica de un inversor nacional de uno de los firmantes, en el otro país que estaría sujeto al acuerdo.

Se ha encontrado que dichos tratados tienen en común unos elementos clave para la protección al inversor extranjero y su capital, esto puntos son de acuerdo con Patricia Arsen²⁶ los siguientes:

- a) “Los derechos del inversor de uno de los países signatarios para ingresar y establecerse en el otro Estado
- b) La obligación por parte del Estado receptor de la inversión de brindar al inversor el tratamiento denominado “estándares mínimos internacionales”.
- c) El derecho a la libre transferencia de divisa.
- d) El derecho de expropiación de los países receptores
- e) La resolución de disputas entre los inversores y el Estado receptor a través de arbitraje internacional”.

Vemos entonces que los acuerdos bilaterales de inversión tiene una clara visión respecto a la protección de personas nacionales de un Estado, para que su ejercicio comercial internacional no se vea obstaculizado por parte de otros Estados, así mismo, se ha sostenido que este tipo de inversiones es beneficiosa para los Estados receptores ya que impulsa su desarrollo proporcionando nuevas tecnologías, conocimiento, ofertas laborales, entre otros.

²⁶ *Id.* Pág. 5.

Para darle un poco de contexto a este fenómeno que se ha vuelto un objetivo primordial para países como Colombia, podría señalarse como un punto clave en la historia, las décadas de 1950 y 1960. En esta época se produjeron diferentes procesos de descolonización, principalmente en África y Asia, estos nuevos Estados instauraron ciertas barreras para el ingreso de la inversión extranjera en defensa de sus recursos naturales, industrias, y en general su soberanía²⁷, “ante la necesidad de eliminar estas barreras que dificultaban o impedían el libre flujo de capitales, se hacía indispensable encontrar un camino que, sin violentar la legislación internacional y nacional, permitiera el ingreso irrestricto de inversiones a los países del tercer mundo”.²⁸ Una de las herramientas que ayudó con el fortalecimiento de la ideología del libre flujo de capitales y que impulsó a que las barreras impuestas por algunos países poco a poco desaparecieran, fueron las reformas del Consenso de Washington en los años 80, ya que uno de los objetivos de estas era la apertura a inversiones extranjeras directas, así, dicha política se pensaba que podía aportar nuevo capital, tecnología y experiencias que ayudaran al desarrollo del país que recibiría dicha inversión²⁹ lo que generó que “países en vía de desarrollo compit[ieran] por la búsqueda de inversión extranjera”.³⁰ De esta manera, de acuerdo con cifras de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en la década de los 90 fue donde más se firmaron acuerdos bilaterales de inversión o tratados de libre comercio con capítulo de inversión, desde 1992 hasta 1999 se firmaron anualmente más de 1.500 de estos a nivel mundial³¹, lo que ha representado el mayor auge en la firma de acuerdos de este tipo hasta la fecha.

Colombia también quedó inmersa en las dinámicas globales de la época y así desarrolló su marco jurídico para propiciar este ambiente de apertura a la inversión

²⁷ Patricia B.R Arsen, Tratados bilaterales de inversión: su significado y efectos, pág 6, Ed., Astrea.

²⁸ *Id.* Pág. 7

²⁹ Ramón Casilda Béjar. América Latina y el Consenso de Washington, pág. 22, Boletín económico de ICE No. 2803 (2004)

³⁰ Enrique A, Prieto- Ríos, BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, Estudios Socio-Jurídicos, Mar. 2011 en 117.

³¹ United Nation Conference on Trade and Development, Research and Policy Analysis, disponible en [http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Research-and-Policy-Analysis.aspx](http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Research-and-Policy-Analysis.aspx) (última visita 10 de Septiembre de 2016)

extranjera. Clara muestra de esto es la Constitución Política de 1991, donde se dejó consignado en el artículo 226 que el “Estado promoverá la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”. Así mismo el artículo 227 menciona que el Estado promoverá la integración económica con las demás naciones. Siguiendo esta línea de apertura económica, Colombia firma su primer tratado bilateral de inversiones el año 1996 con el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-358 de 1996³², al pronunciarse sobre el objetivo del tratado –artículos 1 y 2 del mismo- señala:

“[E]stos preceptos, [...] no ofrecen motivo de reserva frente a la Carta Política, pues contribuyen a la internacionalización de las relaciones económicas del Estado y responden a claros motivos de conveniencia nacional (C.P., artículo 226). Es un hecho notorio que los grandes proyectos de infraestructura, de los cuales depende en gran medida el crecimiento económico del país, no serían posibles sin la contribución del capital y la tecnología extranjeros.”

Dicha sentencia declara exequible el tratado con el Reino Unido, a excepción del capítulo de expropiaciones (tema que será objeto de estudio en los apartados siguientes), y tras esta declaración de exequibilidad parcial, mas no de entrada en vigor³³, comienza para Colombia el camino de negociaciones y firma de acuerdos bilaterales de inversión, dejando como resultado para la fecha 13 acuerdos bilaterales de inversión vigentes, entre estos, 7 son tratados bilaterales de inversión, y 6 son capítulos de inversiones dentro de tratados de libre comercio.

³² Esta sentencia hace una fuerte crítica al tema de expropiación, esto será analizado en las secciones siguientes.

³³ Dicho tratado solo entró en vigor para el año 2011 con la Ley 1464 de 2011.

Todos estos acuerdos, de acuerdo con el actual Ministerio de Industria, Comercio y Turismo³⁴, buscan

“Atraer la inversión extranjera y promover la inversión colombiana en el exterior. Para ello, mediante este tipo de acuerdos se crean y se mantienen condiciones favorables para los inversionistas de un Estado [...] Se promueve la competitividad en el mercado nacional repercutiendo favorablemente en el consumidor, quien tendrá acceso a productos y servicios de mejor calidad y precio [...] los acuerdos internacionales de inversión no perjudican la industria nacional y las empresas locales sino por el contrario promueven el desarrollo económico a través de la competitividad y apertura de mercados”.

Se puede entonces apreciar que los acuerdos de este tipo tienen un significado homogéneo a nivel internacional y por parte de poderes internos en Colombia, como la Presidencia de la República y Corte Constitucional; estos tratados buscan principalmente la protección a inversionistas, lo que puede derivar en un desarrollo para el país receptor de esta. Hacer una crítica a dicho significado exigiría de otro trabajo, por lo tanto, para objetivos de este, se hará uso tan solo de estas descripciones para situar lo que para el ordenamiento jurídico nacional e internacional son dichos acuerdos, esto no quiere decir lo que verdaderamente son en el contexto actual, pues como dije, sería objeto de otro trabajo.

2.2 La protección a la inversión extranjera desde los acuerdos de inversión firmados con Estados Unidos, Canadá y Suiza

Teniendo en cuenta lo que en general se puede apreciar de dichos acuerdos, cabe ahora preguntarse específicamente, cómo se protegen en ellos los derechos adquiridos de los inversionistas extranjeros; así se pondrá de presente una nueva faceta de protección a la propiedad privada cobijada por los mismos, análisis que

³⁴ Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, ABC de los Acuerdos internacionales de inversión, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6126> (última actualización 4 de Octubre de 2016)

se hará desde los acuerdos firmados con Canadá³⁵, Estados Unidos³⁶ y Suiza³⁷. La escogencia de estos acuerdos como objeto de estudio en materia de protección a la propiedad privada del inversor extranjero, se hizo en consideración a que son estos los que amparan a los inversionistas extranjeros que recientemente han demandado a Colombia por expropiación indirecta, en tribunales de arbitraje internacional.

De esta manera, encontramos que con Canadá hay un acuerdo de inversión consignado en el Capítulo 8 del Tratado de Libre Comercio, situación similar a la Estadounidense, donde también hay un Tratado de Libre Comercio con capítulo de inversión, con Suiza hay un Tratado Bilateral de Inversión. En todos los casos, la definición de inversión concuerda con la definición de propiedad privada que se señaló tras el análisis en el Capítulo I la cual comprende “todo derecho o situación jurídica subjetiva de contenido patrimonial que conceda a su titular un ámbito de aprovechamiento privado exclusivo y excluyente”³⁸ así, en el tratado Suiza-Colombia, se señala en el acápite de definiciones que:

“El término “inversión” significa todo tipo de activo y particularmente:

- (a) Propiedad mueble o inmueble adquirida, así como cualquier derecho in rem, tales como servidumbre, hipotecas, gravámenes, prenda;
- (b) Acciones, participaciones o cualquier otro tipo de participación en compañías;
- (c) Reclamaciones de dinero o cualquier actividad que represente valor económico, excepto por reclamaciones de dinero que provengan exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios, o por créditos relacionados a una transacción económica, cuando la fecha de madurez es menor a tres años;

³⁵ Ley 1363 de 2009. Este acuerdo sería el que cobijaría las futuras disputas con Eco Oro.

³⁶ Ley 1143 de 2007, este tratado cobijaría las actuales disputas del Estado colombiano con Cosigo Resources Ltd; y caso Eco- Oro Mineral Corp.

³⁷ Ley 1198 de 2008. Este acuerdo cobija al inversor extranjero Glencore que también tiene una actual disputa con Colombia.

³⁸ Héctor Quintero Santaella. *El régimen constitucional de la propiedad privada en Colombia y su constitucionalización* (tesis de doctorado) pág 719. Universidad Autónoma. Madrid. Recuperado en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246>

(d) Derechos de autor, derechos de propiedad industrial (como patentes, modelos de utilidad, modelos o diseños industriales, marcas de fábrica o de comercio o marcas de servicio, nombres registrados, indicaciones de origen), know-how, buen nombre, conocimiento tradicional, y folclor;

(e) Concesiones bajo el derecho público, incluyendo concesiones de exploración, extracción o explotación de recursos naturales, así como todo derecho dado por ley, por contrato o por decisión de la autoridad de acuerdo a la ley.(subrayado fuera del texto)

Así mismo, para el acuerdo Canadá- Colombia inversión significa:

“(a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; (c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda de una empresa, pero no incluye instrumentos de deuda de una empresa del estado; [...] (g) intereses emanados de compromisos de capital o de otros recursos en el territorio de una Parte para el desarrollo de una actividad económica en dicho territorio, como los derivados de (i) contratos que involucren la presencia de la propiedad de un inversionista en el territorio de la Parte, incluyendo contratos de construcción o de llave en mano, o concesiones, o (ii) contratos donde la remuneración dependa sustancialmente de la producción, rentas o ganancias de una empresa”.
(subrayado fuera del texto)

Finalmente, para el Tratado de Libre Comercio Estados Unidos- Colombia, inversión significa:

Todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las calidades de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias y utilidades, o la asunción del riesgo.

Si bien en estas definiciones propiamente no se hace alusión a las palabras propiedad privada o derecho adquirido; por lo que se enumera, se entiende que al

referirse a inversión, los acuerdos hablan de la propiedad privada del inversionista, esto pues se refiere a derechos de contenido económico que hacen parte del patrimonio de una persona, la cual tiene un dominio privado, exclusivo y excluyente del mismo. Tanto es así, que en los tres acuerdos se menciona la prohibición de *expropiar*³⁹ si no es por razones de utilidad pública. Como dicha figura sólo se utiliza en detrimento de los derechos de propiedad privada, se concluye que en este caso las inversiones estarían protegidas al ser derechos equiparables a la propiedad.

A pesar de que en estos acuerdos las inversiones son protegidas a través de diferentes mecanismos, como por ejemplo con el deber compensar pérdidas que sean causa de guerras o conflictos armados⁴⁰, la prohibición de medidas que discriminen y obstaculicen la inversión en el país receptor promoviendo un trato justo y equitativo⁴¹; o bien la garantía de la libre transferencia de capitales⁴², es lo atinente a la prohibición de la expropiación en lo que llamaremos la atención en este trabajo, pues de acuerdo a disposiciones contenidas en ambos acuerdos, la expropiación se prohíbe tanto si es de manera directa o indirecta, salvo si es en razones de utilidad pública, en tal caso se deberá pagar una indemnización pronta adecuada y efectiva.

Colombia entonces ha firmado acuerdos, en donde se está obligando a proteger la propiedad privada de inversores extranjeros con una figura que no está contemplada en el marco legal Colombiano para la protección de la propiedad privada de sus nacionales, a saber, la expropiación indirecta. Si bien este tema se abordará en las siguientes secciones, cabe anotar que ya la Corte Constitucional señaló en sentencia C- 358 de 1996 que la expropiación de la que habla la Constitución Política es solo la directa, lo que nos lleva a formularnos los siguientes interrogantes: ¿podría concluirse que hay entonces un trato diferenciado entre nacionales y extranjeros? ¿Cómo se protegerían los casos de

³⁹ Acuerdo Canadá- Colombia, Ley 1363 de 2009, Artículo 811. Acuerdo Suiza- Colombia, Ley 1198 de 2008, Artículo 6. Acuerdo Estados Unidos- Colombia, Ley 1143 de 2007, Artículo 10.7.

⁴⁰ *Id.* Artículo 806, *Id.* Artículo 7, *Id.* Artículo 10.6.

⁴¹ *Id.* Artículo 805, *Id.* Artículo 4, *Id.* Artículo 10.5.

⁴² *Id.* Artículo 810, *Id.* Artículo 5. *Id.* Artículo 10.8.

expropiación indirecta en Colombia que afecten a nacionales colombianos? Estas preguntas se intentarán responder en las dos secciones siguientes.

2.3. Protección constitucional a la propiedad privada ante la expropiación indirecta consagrada en los acuerdos bilaterales de inversión

Para entender el concepto de expropiación indirecta, hay que definir en primer lugar la expropiación directa que consiste en los actos del Estado tendientes a privar a un propietario del dominio de un bien de su propiedad con el fin de que sea transferido a las arcas del Estado quien empieza a ser su propietario, lo cual implica una *transferencia formal del título o del derecho de dominio*⁴³.

La figura de la expropiación directa, es la que se contempla en el artículo 58 de la Constitución Política ya que de acuerdo a la Corte Constitucional en sentencia C-031 de 2009 “en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado, característica que se encuentra ausente en la expropiación indirecta”. De acuerdo con el artículo 58 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 1 de 1999, dicha expropiación,

“podrá hacerse por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador [...] mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio”.

La figura de la expropiación indirecta fue entonces, al parecer, una novedad para el ordenamiento jurídico colombiano que carece de consagración en la legislación nacional y que con base en los acuerdos internacionales, podría ser definida como los “actos adoptados por el Estado receptor (incluyendo regulaciones nacionales y locales) que frustran el desarrollo de la actividad del inversionista y, por ende, sus expectativas de retribución económicas, pero que no implican la transferencia del

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008 (M.P Clara Inés Vargas Hernández; Julio 24 de 2008)

derecho de dominio sobre determinados bienes en favor del Estado”⁴⁴. De acuerdo con Clara Patricia Quintero⁴⁵, con estas actuaciones habría una erosión del derecho de propiedad, debido a la intervención del Estado, lo que implica que se deje sin contenido el derecho particular.

Tal tipo de expropiación, al igual que la expropiación directa, si se realiza en razón de utilidad pública o interés social debe ser indemnizada de manera rápida, adecuada y efectiva. Estas tres cualidades de la indemnización son acogidas por los acuerdos bilaterales de inversión que son objeto de este estudio (Canadá y Suiza) y en general por todos los que ha firmado Colombia hasta la fecha; este tipo de indemnización corresponde a la postura norteamericana conocida como “fórmula o cláusula Hull”, que podría explicarse de la siguiente manera:

“rápidamente significa que la compensación es debida por el gobierno expropiante desde el mismo momento en que se concreta este acto de gobierno, o desde la fecha determinada previamente en la cual se producirá la misma. [...] efectiva compensación, se refiere esencialmente a la rápida convertibilidad de la compensación en una moneda dura, como así también la posibilidad de repatriación de la misma sin problemas. [...] adecuada compensación es interpretada como total, que debe ser traducida como el valor de mercado del negocio o inversión expropiada más una proyección de las futuras ganancias que eventualmente debería producir esa inversión de haber continuado operando normalmente”.⁴⁶ (subrayado fuera del texto)

La primera sentencia constitucional en analizar un tratado bilateral de inversión, fue en el año 1996 cuando se analizó el tratado con Reino Unido. Si bien desde ese entonces ya se mencionaba en los artículos de los acuerdos la prohibición de la expropiación indirecta y su justa indemnización, la Corte no se ocupó de estudiar dicha figura pues en ese entonces -al no estar vigente el Acto Legislativo

⁴⁴ Enrique A, Prieto- Ríos, BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho, Estudios Socio-Jurídicos, Mar. 2011 en 125.

⁴⁵ Clara Patricia Quintero Garay. Expropiación indirecta en los contratos de concesión, Estudios Socio-Jurídicos, Jul. 2008 en 313.

⁴⁶ Patricia B.R Arsen, Tratados bilaterales de inversión: su significado y efectos, págs. 18-19, Ed., Astrea.

01 de 1999- la Corte estaba focalizada en declarar la inexecutable en materia de expropiación en dichos acuerdos, ya que con estos el Estado estaría siendo obligado a renunciar a su facultad de expropiar sin indemnizar en ciertos caso por razones de equidad en uso del inciso final del artículo 58 que lo autorizaba, tal como lo señaló la Corte en la sentencia C- 358 de 1996 y en otras⁴⁷ según las cuales la obligación a pagar indemnización solo a los inversores extranjeros por actos de expropiación vulneraría el artículo 13 de la Constitución Política pues:

“de aceptarse como válida la restricción que se viene analizando, contenida en el Convenio, se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuentemente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos”.

Dicho análisis tan importante para ese entonces, quedó zanjado con la reforma al artículo 58 de la Constitución, pues se consignó que todas las expropiaciones debían ser indemnizadas de manera previa⁴⁸, eliminando entonces el inciso final anteriormente referido. Una vez solucionada esta discusión la Corte ya no volvió a estudiar si había una desigualdad en los capítulos de expropiación de los acuerdos, por lo tanto nunca se planteó por ejemplo si podría haber una desigualdad al consagrar estos acuerdos la figura de expropiación indirecta.

De ahí en adelante, una vez se acabó la discusión respecto a uno de los puntos más controversiales de la expropiación, su indemnización, la Corte Constitucional no se preocupó en ahondar más en el estudio de la figura de expropiación y sus diferentes facetas como la expropiación indirecta que es tratada en los acuerdos bilaterales de inversión, así, respecto a una figura tan novedosa como esta se limitó a aclarar cuándo sería procedente “i) que efectivamente sea un acto gubernamental; ii) el impacto económico sobre la inversión del acto

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 1996 (M.P Carlos Gaviria Díaz; Agosto 22 de 1996, Sentencia C-008 de 1997 (M.P Alejandro Martínez Caballero; Enero 23 de 1997) y Sentencia C-494 de 1998 (M.P Hernando Herrera Vergara; Septiembre 15 de 1998)

⁴⁸ Acto legislativo 01 de 1999. Artículo 1.

gubernamental; y iii) evaluar si la medida interfiere o no con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión”⁴⁹; y cuándo no hay expropiación indirecta:

“No debe olvidarse que salvo circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para la protección de objetivos legítimos de bienestar público como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente [ni] decisiones judiciales de la jurisdicción de Estado, que mediando el debido proceso, resuelvan sobre asuntos relacionados con la propiedad, al no provenir de actos gubernamentales”⁵⁰

Respecto a un análisis de constitucionalidad de dicha figura, en razón al artículo 58 de la Constitución Política, el cual solo se refiere a la *expropiación* en general, la Corte ha indicado en sentencias como la C- 750 de 2008 que “la expropiación indirecta por actos gubernamentales hace parte del marco constitucional del artículo 58, al confirmar la garantía de la propiedad privada aplicable sin discriminación a nacionales y extranjeros” y que tiene como objetivo “compensar una especie de lucro cesante de un inversionista, quien tenía expectativas de ganancia en un sector económico, las cuales se vieron frustradas por la nueva regulación”.

La sentencia que considero ha hecho un análisis más amplio respecto a la expropiación indirecta es la Sentencia C- 031 de 2009⁵¹, la cual, al estudiar cuál es el fundamento constitucional de dicha figura, señala que:

“[E]n materia de expropiaciones indirectas no sólo está de por medio la protección de la propiedad privada y la primacía del interés general sobre el particular [...] Así las cosas, la expropiación indirecta encuentra un fundamento constitucional en el principio de la confianza legítima. En tal sentido cabe señalar que como corolario del principio de la buena fe, la

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008 (M.P Clara Inés Vargas Hernández; Julio 24 de 2008)

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 031 de 2009 (M.P Humberto Sierra Porto, Enero 28 de 2009)

doctrina y jurisprudencia foráneas, desde mediados de la década de los sesentas (sic), han venido elaborando una teoría sobre la confianza legítima, el cual ha conocido originales e importantes desarrollos a lo largo de diversos pronunciamientos de esta Corte”.

Con los pronunciamientos que ha hecho la Corte Constitucional respecto de la expropiación indirecta, se podría concluir que no ha sido realmente juiciosa en cuanto a hacer un análisis de la expropiación indirecta enmarcada en el artículo constitucional que contempla la expropiación y la protección a la propiedad privada, artículo 58, pues no por el hecho de que con esta figura se proteja la confianza legítima, se puede afirmar que exista un obstáculo para hacer un análisis sobre su relación con el citado artículo 58, pues, para arribar a la conclusión a la que llega la Corte para no hacerlo, el único esfuerzo que requiere es el de buscar los objetivos de cualquier acuerdo bilateral de inversión, el cual es entre otros, proteger la confianza legítima y la seguridad jurídica del inversionista. Las expropiaciones hacen parte de lo que ha sido llamado riesgo político, que se entendería como “el cambio inesperado de la legislación del país receptor de la inversión, afectando dicho cambio de alguna manera la mencionada inversión”⁵², si bien entonces con cláusulas de indemnización a una expropiación adecuada a derecho, o con la prohibición de la misma cuando está en contra del derecho, se está protegiendo la confianza legítima, esto deriva a que el mismo no sea privado de sus bienes ni derechos adquiridos, sin una justa indemnización, en lo cual lo que subyace es la protección a la propiedad privada del inversionista.

La Corte ha desaprovechado momentos claves para hacer un análisis respecto a la igualdad tal y como lo hizo en la sentencia C- 358 de 1996. Así, le hace falta a esta institución preguntarse si esta figura la contempla nuestra Constitución y marco jurídico nacional, si los nacionales también tienen derecho a una indemnización previa, adecuada y efectiva en los casos en que su derecho de propiedad se vea erosionado. De no encontrarse ésta figura consagrada para el nacional ¿no estaríamos también en frente de una discriminación al nacional tal y

⁵² Patricia B.R Arsen, Tratados bilaterales de inversión: su significado y efectos, pág. 15, Ed., Astrea.

como la señalaba la Corte en 1996? ¿Por qué la obligación de indemnizar antes de 1999 si fue declarada inexecutable, mientras que la obligación a indemnizar a partir de esa época consagrada a favor de los inversores extranjeros, pero inexistente para los nacionales, sí resulta executable?

La expropiación indirecta es una figura novedosa para el ordenamiento jurídico colombiano, si bien desde el Tratado de Libre Comercio con México en 1995, ya se mencionaba la misma en el capítulo de inversión, solo hasta este año, 2016, han empezado los inversores extranjeros a alegar ante tribunales de arbitraje internacionales que el Estado colombiano ha incurrido en actos que constituyen expropiación indirecta y no hubo una debida indemnización, caso claves como la demanda de Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy. Inc., en contra de Colombia ante tribunal de arbitraje sometido a las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil; y el caso Glencore International A.G., contra Colombia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, exigen que las instituciones jurídicas colombianas afiancen conocimientos al respecto, más importante aún, es necesario preguntarse sobre la calidad de dicha figura en cuanto a la protección al derecho de la propiedad privada, y además si dicha clase de expropiación está contemplada en el ordenamiento jurídico nacional y en qué términos, de lo contrario habría que resaltar la desigualdad que está salvaguardando el ordenamiento constitucional, en perjuicio de los nacionales.

2.4 Expropiación indirecta en Colombia ¿una figura contemplada por el ordenamiento jurídico colombiano?

Para responder a la pregunta que titula este apartado, haré un estudio de la figura de la expropiación tal y como se nombra en el artículo 58 de la Constitución Política; de esta manera abordaré en primer lugar lo señalado por la Corte Constitucional respecto a esta figura, seguidamente analizaré las leyes que principalmente han regulado la expropiación, finalmente me detendré en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la suprema instancia en cuanto a responsabilidad del Estado atañe y que ha hecho diferentes análisis respecto a la

figura de la expropiación. Bajo el estudio de esto, podremos concluir si bajo el ordenamiento jurídico colombiano se contempla la expropiación indirecta.

Constitución Política:

El artículo 58 de la Constitución política es el que permite al Estado realizar expropiaciones por actos administrativos, y siempre debe haber de por medio una motivación en aras de proteger el interés social o utilidad pública. Dicho artículo menciona únicamente *expropiación*, sin mencionar si esta ha de ser directa o indirecta. La Corte Constitucional, ya ha aclarado que la expropiación que menciona la Carta Política es la expropiación directa, esto pues como ya se mencionó, “en la historia del constitucionalismo colombiano la figura de la expropiación ha comportado, desde siempre, la transferencia del derecho de dominio de un particular al Estado, característica que se encuentra ausente en la expropiación indirecta”⁵³, señalando además que la expropiación indirecta tiene fundamento en la confianza legítima y no en la propiedad privada. Esto mismo lo señala esa corporación cuando relaciona *la expropiación* con lo que previamente se mencionó como expropiación directa, así en sentencias como la C-153 de 1994 y la C- 476 de 2007 define a la expropiación contenida en el artículo 58 “como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”, definición que no incluye, a la anteriormente estudiada expropiación indirecta. La Corte no ha mencionado en sus sentencias a la expropiación indirecta como parte del señalado artículo 58, por el contrario, explícitamente ha señalado que no hace parte del mismo. Por lo tanto, para la Corte Constitucional la única expropiación contemplada en el artículo 58 y así la ha definido, es aquella donde se pierde el dominio del bien para que pase a manos de Estado, es decir, la expropiación directa.

Legislación sobre expropiación:

⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C- 031 de 2009 (M.P Humberto Sierra Porto, Enero 28 de 2009)

Las leyes que han regulado la figura de expropiación en Colombia se articulan bajo esta misma definición, ya que lo que regulan es un procedimiento mediante el cual una entidad gubernamental, en razones de utilidad pública o interés social despoja del dominio de un bien mueble a un particular previo a una indemnización, veamos:

- La Ley 9 de 1989 señala que el Capítulo III, es sobre la *adquisición de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación*, los bienes a los que se refiere son bienes inmuebles, y estos, de acuerdo al artículo 9 “será susceptible de expropiación tanto el pleno derecho de dominio y sus elementos constitutivos como los demás derechos reales”, de acuerdo a esta ley entonces, la cual es el marco general de la expropiación, esta solo recae sobre bienes inmuebles y mediante esta figura se adquiere el dominio y demás derechos reales, lo que dista de la definición de expropiación indirecta.

A pesar de que la figura de expropiación de esta ley no compagina con la de expropiación indirecta, en el artículo 37 se consagra la figura de la afectación, que es lo más similar que podríamos encontrar a ella, definiéndose como “toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencias de urbanización, de parcelación, de construcción, o de funcionamiento, por causa de una obra pública, o por protección ambiental”. El artículo está señalando que cuando a un inmueble se le limite la obtención de licencias, requisito este indispensable para el ejercicio de la mayor parte de los atributos económicos de la propiedad privada, por restricciones impuestas por una entidad pública, se debe indemnizar al propietario. Vemos entonces aquí que hay similitud con la expropiación indirecta pues se obliga al Estado a indemnizar cuando deja sin cierto contenido el derecho de propiedad privada de alguien, a pesar de que permanezca su titularidad en cabeza del propietario. Sin embargo estas dos figuras no se pueden equiparar pues el campo de acción de la *afectación* es muy restringido ya que solo cobija bienes inmuebles, tiene unas condiciones estrictas de aplicación, como la necesidad de estar

inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria, y su ámbito de aplicación es básicamente el derecho urbanístico.

- En la Ley 388 de 1997, que reforma la Ley 9 de 1989, también se puede apreciar en sus artículos 56, 57, 59 y 60, que la expropiación que se regula es la de bienes inmuebles, a esta es la que hace alusión cada uno de estos artículos. Además, el artículo 68 señala que para que haya *transferencia de dominio*, el acto administrativo de expropiación debe estar inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de esta manera se entiende que con la expropiación hay una transferencia de dominio, situación inexistente en la expropiación indirecta.
- Además las leyes 1682 de 2013 y 1742 de 2014, que también hacen referencia a la expropiación, también siguen con la línea de las leyes anteriores, así tampoco se refieren a la expropiación desde el concepto de expropiación indirecta.

Así las cosas, hasta el momento se puede apreciar que ni en la Constitución, ni en la ley se relaciona la expropiación, con la expropiación indirecta tal y como se define en los acuerdos de inversión. De esta manera, se relaciona únicamente la expropiación con la transferencia del dominio de un bien inmueble que pasa a ser del Estado.

Consejo de Estado:

El Consejo de Estado, por su lado, ha tenido dos posiciones que vale la pena señalar en este momento, ya que sí ha utilizado en su jurisprudencia el nombre de *expropiación indirecta*, pero para referirse a otro fenómeno; y adicionalmente ha creado una figura similar a la que en los acuerdos de inversión es la expropiación indirecta, pero la ha denominado *ocupación jurídica*, veamos:

Las sentencias que se refirieron a la *expropiación indirecta*, anteceden a la Constitución de 1991. En sentencia del 8 de Octubre de 1951⁵⁴ ya el Consejo de

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (C.P Daniel Anzola Escobar; Octubre 10 de 1951)

Estado había nombrado esta figura señalando que *los términos expropiación de facto, expropiación indirecta, son palabras de contenido jurídico que equivalen a una clara realidad: ocupación de hecho*. De esta manera equiparaba a la expropiación indirecta como ocupación de hecho, sobre la cual manifiesta que:

“no se trata aquí de una expropiación propiamente dicha, que técnicamente significa el traslado de una propiedad de un patrimonio a otro por un medio jurídico. En efecto, cuando la Administración ocupa por vías de hecho una propiedad particular ha realizado no una expropiación, puesto que el dueño permanece como titular de su derecho de dominio, sino una simple ocupación material, que da lugar a una indemnización en quien la sufre”.⁵⁵(subrayado fuera del texto)

Esta posición se mantiene en sentencias como las dictadas el 19 de julio de 1979⁵⁶ y la del 28 de octubre de 1976⁵⁷, en estas siguiendo la definición de Hauriou de la expropiación indirecta, señalan que

“La teoría de la expropiación indirecta es la siguiente: todas las veces que de hecho, en el curso de una operación administrativa cualquiera, la administración se apodera de un terreno perteneciente a un particular, resultando de ello para el propietario una desposesión a la vez definitiva por parte de la administración, las reclamaciones de indemnización son de la competencia del Poder Judicial”.

Al Consejo de Estado referirse a la expropiación indirecta como sinónimo de ocupación de hecho, vemos que este concepto dista del dado en los acuerdos bilaterales de inversión, pues en la ocupación de hecho hay una desposesión del bien frente al propietario, y una ocupación del mismo por parte de una entidad estatal; diferente entonces a lo entendido en los acuerdo por expropiación indirecta, donde habría ciertas normativas que impiden que ese derecho de

⁵⁵ Consejo de Estado. Exposición de motivos acompañada al proyecto de Ley 167 de 1941.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Jorge Valencia Arango; Julio 19 de 1979) pág. 19.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Jorge Valencia Arango; Octubre 28 de 1976) pág. 75.

propiedad privada se desarrolle y se materialice pues su contenido se vacía. De esta manera, para los acuerdos bilaterales de inversión, no es necesario que físicamente se apropie del bien la entidad estatal tal y como lo menciona el Consejo de Estado, sino que basta con que se impida por medio de diferentes regulaciones legales el ejercicio de la misma.

Teniendo en cuenta entonces que el Consejo de Estado no entiende lo mismo que los acuerdos bilaterales de inversión en materia de expropiación indirecta, hay que señalar que sí ha contemplado una figura que tiene un contenido similar a la de la expropiación indirecta en dichos acuerdos, a saber, la *ocupación jurídica*.

En sentencia del 9 de mayo de 2012, el Consejo de Estado menciona que “esta Corporación desarrolló una línea jurisprudencial que permite equilibrar los distintos intereses en juego, permiti[endo] el respeto al interés general pero manten[iendo], en la medida de lo posible, la garantía de los derechos adquiridos a la que hace referencia el artículo 58 C. P”⁵⁸ (subrayado fuera del texto) mediante la figura de la *ocupación jurídica*, así menciona que desde la sentencia del 25 de Junio de 1992, ocupación jurídica ha sido definida desde los siguientes puntos clave:

“ i) la ocupación de un bien inmueble de propiedad privada puede configurarse como título de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial, tanto en aquellos casos en que se configura una ocupación material del bien, como en aquellos casos en que opera una ocupación jurídica; ii) la ocupación de un bien inmueble será jurídica cuando de una actuación administrativa se derive la imposibilidad para el propietario de ejercer su derecho, es decir, de realizar las conductas que le permitan explotar económicamente su derecho de propiedad; iii) de configurarse la ocupación jurídica del inmueble, la entidad responsable deberá pagar a título de perjuicios materiales tanto el lucro cesante –lo dejado de percibir por la explotación económica del bien– como el daño emergente –el valor comercial del bien, o una porción del mismo,

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Mauricio Fajardo Gómez; Mayo 9 de 1992) pág. 22.

dependiendo de la extensión de la ocupación—, valores que deberán tener en cuenta los descuentos derivados de la valorización del predio generada por la realización de la obra pública o de la afectación (art. 219 C.C.A.), a menos que se hubiere pagado dicha contribución; iv) el ordenamiento jurídico le da un alcance expropiatorio a la ocupación jurídica del bien, razón por la cual se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 220 C.C.A., en virtud del cual en caso de ocupación permanente la sentencia que ordene el pago del valor del bien inmueble o de la porción ocupada, tendrá efectos de título traslativo de dominio, siempre y cuando haya sido protocolizada y debidamente registrada”⁵⁹. (subrayado fuera del texto)

Esto mismo lo ha señalado en otras sentencias⁶⁰, donde se indica que cuando una actuación administrativa impida el ejercicio propio del derecho a la propiedad privada, esto puede dar lugar a una reparación directa por los daños y perjuicios que dichas limitaciones le ocasionaron al propietario presentándose un daño antijurídico, pues de acuerdo con el Consejo de Estado “el daño antijurídico, que consiste en la lesión al derecho subjetivo, real o personal, de que es titular el demandante. Están comprendidos, por tanto, no solo los perjuicios derivados de la afectación del derecho de propiedad, sino también los perjuicios provenientes de la ocupación jurídica del inmueble, por la limitación al ejercicio de las facultades propias de los derechos reales y del menoscabo del derecho de posesión que se ejerce respecto del predio ocupado”.

De lo anterior, se puede apreciar que la ocupación jurídica es lo que para los acuerdos bilaterales de inversión la expropiación indirecta, pues en esta no se exige que haya una transferencia de dominio, ni tampoco una ocupación física del bien, dado que lo que configura el daño antijurídico es el límite que imponen ciertas actuaciones de la administración pública a sus propietarios, dando lugar a que su derecho a la propiedad quede sin contenido.

⁵⁹ *Id.* Pág. 27

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Ruth Stella Correa; Septiembre 10 de 2005), (C.P Mauricio Fajardo Gómez; Diciembre 4 de 2006), (C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera; Octubre 1 de 2014), (C.P Danilo Rojas Betancourth; Abril 29 de 2015)

Considero que el caso clave fallado por el Consejo de Estado, que permite apreciar la similitud entre estas dos figuras es el caso fallado el 25 de junio de 1992, en el cual se concluyó que había un perjuicio en contra de un propietario cuyo bien había quedado dentro del Parque Natural Los Farallones de Cali y por lo tanto tendrían la prohibición de ventas de tierras, la caza, la pesca y toda actividad industrial, ganadera o agrícola. El Consejo de Estado concluye que “respecto de los terrenos afectados sus propietarios quedaron legalmente imposibilitados e incapacitados para disponer libremente de ‘sus tierras’ o para someterlas a un régimen normal de explotación económica, agrícola o industrial”. Finaliza la sentencia diciendo que:

“bien puede asimilarse la actuación de la administración como una especie de expropiación del predio del actor y, por consiguiente, se impone en su favor un reconocimiento indemnizatorio, cuyo monto fue procesalmente establecido. Se ampara así el derecho del propietario de una parte, de otra, se adecúa el pago indemnizatorio a un procedimiento legal administrativo más ágil y efectivo tanto para el particular como para la Administración, utilizándose la sentencia protocolizada y registrada para que obre como título y modo traslativo de dominio”.⁶¹(subrayado fuera del texto)

Este caso es clave, pues es similar a los casos de expropiación indirecta que actualmente están siendo demandados por parte de los inversores extranjeros en tribunales de arbitraje internacional. En el caso de *Cosigo Resources, Ltd., Cosigo Resources Sucursal Colombia, Tobie Mining and Energy. Inc*; mencionado anteriormente, su licencia de explotación y exploración minera se vio afectada pues el territorio de explotación ahora hace parte del Parque Natural Yaigojé Apaporis, si dicho caso se debatiera en la jurisdicción interna, entonces se podría alegar que hubo una *ocupación jurídica*, pues esta figura, tal y como mencionó la sentencia del 9 de mayo de 2012 busca equilibrar el interés general contrapuesto

⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Mauricio Fajardo Gómez; Mayo 9 de 1992) pág. 23.

con los derechos adquiridos consignados en el artículo 58 de la Constitución Política.

Es así como se puede apreciar como el Consejo de Estado ha sido la única corporación que ha desarrollado una figura similar a la expropiación indirecta, la diferencia respecto a la vinculatoriedad que tiene esta figura frente al Estado, y la de la expropiación indirecta frente a los inversores extranjeros, es que el Estado mediante los acuerdos bilaterales de inversión tiene prohibido realizar expropiaciones indirectas, y de hacerlas en aras del interés general, debe indemnizar de manera previa, rápida, eficaz y efectiva, como se mencionó anteriormente, esto para proteger la propiedad del inversor extranjero y evitar disputas incluso en instancias internacionales.

Por el contrario, en el ordenamiento jurídico colombiano no se menciona la prohibición de expropiar indirectamente (ahora entendida desde el concepto de ocupación jurídica propuesto por el Consejo de Estado), mucho menos su previa indemnización; la Corte Constitucional por un lado señala que la expropiación en Colombia solo es directa, mientras que el Consejo de Estado, por el otro, indica que la ocupación jurídica es una especie de expropiación y que ha de ser indemnizada ¿qué decisión toma la administración pública? Ciertamente no hay ninguna ley que le imponga que por los actos que erosionen el contenido del derecho a la propiedad privada de un particular debe indemnizar, así, bien podría realizar actos que configuren dicha expropiación indirecta y esperar a que en un futuro el afectado interponga una acción de reparación directa y que quien falle acoja la figura de la *ocupación jurídica* y así finalmente indemnizar al afectado.

Es de público conocimiento que un proceso ante lo contencioso administrativo puede llevar años, la sentencia citada del 9 de Mayo de 2012, resuelve un recurso de apelación en contra de una sentencia del Tribunal Administrativo de Descongestión de Bogotá, del 31 de enero de 2001, casi 10 años después del primer proceso que también debió durar algunos años. Al no ser una obligación

clara ante la ley la de indemnizar cuando se presenta una ocupación jurídica en el ámbito nacional, se deben entablar largas discusiones para solucionar una prohibición que el Estado ya se ha obligado de cumplir en los acuerdos bilaterales de inversión bajo la figura de prohibición a la expropiación indirecta.

¿Es esto un ejemplo de desigualdad en perjuicio del nacional? ¿Se podría concluir que hay un privilegio para el inversor extranjero en cuanto a la protección del derecho fundamental de propiedad privada bajo nuestro ordenamiento jurídico? Que el Estado esté obligado a no expropiar indirectamente a los inversores extranjeros⁶², mediante acuerdos de inversión que tienen fuerza de ley, pero no tenga esa misma obligación con sus nacionales, es claro que es una latente desigualdad que está siendo avalada por nuestro ordenamiento jurídico, pues mientras estos tienen que soportar largos procesos y discusiones en donde no hay una prohibición clara respecto a las actuaciones de la administración pública, que confirmen que la contravención del ordenamiento jurídico; los inversores extranjeros pueden acudir tanto a la jurisdicción interna, como a tribunales de arbitraje internacional a señalar de manera precisa el incumplimiento de una ley por parte del Estado, cuando realiza en perjuicio de estos una expropiación indirecta.

Si para algunos aún no está del todo claro que la ausencia en el marco jurídico legal de la figura de expropiación indirecta representa una desigualdad en perjuicio del nacional -quien solo estará amparado por jurisprudencia del Consejo de Estado, así sometido a la contingencia de que los jueces que estudien su caso se acojan a esta- en el siguiente capítulo se estudiará un caso en particular en que se puede apreciar cómo los métodos de defensa para salvaguardar el derecho a la propiedad privada para los nacionales o inversores extranjeros, son diferentes, teniendo estos últimos una ventaja legal a diferencia de lo que ocurre con los nacionales.

⁶² Con excepción del interés general, donde habrá una previa indemnización.

CAPÍTULO III

Estudio de caso

Una vez concluida la aproximación teórica al concepto de expropiación indirecta y del derecho de propiedad privada, procederé, en este último capítulo a analizar un caso real ocurrido en Colombia. En este podrá apreciarse por un lado a una empresa trasnacional minera que es inversionista extranjera protegida por un tratado bilateral de inversión, y que por actuaciones del Estado se ha visto afectada en la posibilidad de ejercer los derechos que le confieren unos títulos mineros válidamente otorgados, lo que le generaría afectación al derecho a la propiedad privada y que traería como consecuencia la indemnización por una expropiación indirecta y el acceso a una justicia internacional. Situaciones que como veremos no se aprecian en el otro lado del caso, donde estarían empresarios nacionales que por la misma actuación del Estado vieron afectados también sus títulos mineros, sin posibilidad de ejercer los derechos que dichos títulos les otorgaban, pero que a diferencia de la empresa trasnacional, legalmente no pueden alegar que el Estado claramente infringió una norma como lo sería la expropiación indirecta consagrada en los tratados bilaterales de inversión y de esta manera no hay una directa indemnización por dichas actuaciones, mucho menos, la posibilidad de acceder a una justicia diferente a la interna para solucionar las controversias que se puedan presentar.

De esta manera, en primer lugar se contextualizará el escenario en el que se encuentran los empresarios anteriormente mencionados donde sus derechos adquiridos se vieron afectados por la delimitación del páramo de Santurbán realizada por el Ministerio del Medio Ambiente, y la sentencia C- 035 de 2016 de la Corte Constitucional. Después se analizará particularmente el caso de la empresa minera extranjera afectada por dichas actuaciones del Estado (Eco- Oro) y finalmente el caso de las empresas mineras nacionales.

3.1. La delimitación del páramo de Santurbán y la Sentencia C- 035 de 2016, una lucha entre derechos adquiridos y la protección al medio ambiente

El complejo de páramos de Santurbán se encuentra ubicado entre los departamentos de Norte de Santander y Santander, y es el primer páramo delimitado por el Ministerio del Medio Ambiente. Está compuesto de acuerdo a este mismo Ministerio por una extensión de 98.954 hectáreas de páramo conservadas y 25.287 hectáreas de zonas para recuperación; quedando entonces en jurisdicción de treinta municipios, donde el 72% está en el Norte de Santander, y el 28% en Santander. Este páramo es de vital importancia pues de acuerdo al Ministerio, surte de agua de manera directa a los treinta municipios donde estaría ahora delimitado el complejo de páramos, y a la ciudad de Bucaramanga, además, a varios distritos de riego y a la termoeléctrica Termotasajero.

Para proteger derechos como el medio ambiente sano, la vida y la salud, se delimitó este páramo con la Resolución 2090 del 19 de diciembre de 2014, se primó en este sector la protección del medio ambiente, sobre ciertos derechos adquiridos que ya se tenían en algunos lugares que quedaron ahora delimitados como páramos, pues en este sector, ya se habían otorgado tiempo atrás títulos mineros que estaban siendo ejecutados, pero dichas actividades quedarían prohibidas con la delimitación, pues con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, y la actual Ley 1753 de 2015 Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 en su artículo 173: la explotación y exploración de recursos minerales en zonas delimitadas como páramos es prohibida.

Como para el 2014, el único páramo delimitado era el de Santurbán, la exploración y explotación minera quedó prohibida en el sector, sin embargo, estas actividades se podían seguir ejecutando siempre y cuando se cumpliera con lo que mencionaba el mismo artículo 173 en su párrafo 1:

“Al interior del área delimitada como páramo, las actividades para contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental

equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente, podrán seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga[...]".
(subrayado fuera del texto)

Este párrafo, que era el que garantizaba que ciertos derechos adquiridos fueran protegidos, fue demandado ante la Corte Constitucional argumentándose en resumen que los derechos adquiridos e intereses personales no deberían primar sobre el medio ambiente y los intereses colectivos, y que por lo tanto siendo una zona delimitada como páramo, toda actividad de este tipo debería de ser prohibida. La Corte Constitucional en este sentido en sentencia C- 035 de 2016 (esta sentencia estudia otras normas que también fueron demandadas, pero que no son el objeto de estudio del texto) declaró inexecutable el párrafo, quedando así prohibida toda actividad de exploración y explotación minera aunque ya tuviera un título minero legalmente otorgado. Como hasta dicha fecha solo el Ministerio del Medio Ambiente había delimitado un páramo en Colombia, el de Santurbán, las consecuencias de esta decisión solo se sintieron en esa zona, donde diferentes empresas ya sea grandes o pequeñas, nacionales o internacionales, así como particulares con títulos mineros, tras la decisión tomada por la Corte Constitucional se vieron obstaculizados a seguir con sus proyectos mineros para los cuales legalmente tenían permiso y de un momento a otro se vieron imposibilitados a ejercer los derechos que tenían adquiridos.

Con esta decisión, los propietarios de títulos mineros en lo que ahora es páramo de Santurbán, quedaron con títulos que no pueden ser utilizados, una vez la decisión de la Corte, quede en firme con actuaciones de la administración pública, se podrán apreciar casos en los que habrían propietarios con un derecho sin contenido, lo que como se ha señalado previamente se conocería como expropiación indirecta. Sin embargo las consecuencias de dicha decisión no van a desencadenar las mismas situaciones para los propietarios de títulos mineros

nacionales y para los propietarios que son inversionistas extranjeros protegidos por un tratado bilateral de inversión con Colombia.

Analizando las consecuencias jurídicas de dicha sentencia para Eco- Oro, antes GreyStar, empresa trasnacional canadiense; y las consecuencias jurídicas de esa misma sentencia para las pequeñas empresas mineras del municipio de Vetas, Santander, podremos ejemplificar lo que constantemente se ha mencionado en este texto: que hay una desigualdad en materia de protección al derecho de propiedad privada donde se está privilegiando al inversionista extranjero:

3.2. Eco- Oro y la expropiación indirecta

Eco- Oro es una empresa Canadiense que tiene un contrato de Concesión Minera⁶³ con el Estado Colombiano. Dicha empresa tiene un proyecto llamado Proyecto Angosturas en zonas que están ubicadas en jurisdicción de los municipios de Vetas y California en Santander. Esta concesión fue creada por la consolidación de diez títulos mineros previamente existentes, dos contratos de concesión previos y una licencia de exploración, teniendo un total de 5.244 hectáreas concesionadas. Este proyecto en su totalidad, está en la fase de exploración, pero como vimos anteriormente, de acuerdo al Código de Minas, dentro del Contrato de Concesión Minera, se encuentra tanto la fase de exploración como de explotación y esta última solo se podrá hacer con la debida licencia ambiental.

La empresa Eco- Oro busca hacer una futura explotación minera bajo la modalidad de socavón⁶⁴, pero aún sigue en la fase exploratoria; esta fase fue prorrogada de acuerdo al Reporte de Anotaciones de la Agencia Nacional de Minería⁶⁵, hasta el 8 de Agosto de 2016. Antes de que se cumpliera dicha fecha

⁶³ Contrato de Concesión Minera No. 3452 [Agencia Nacional de Minería].

⁶⁴ Esta es la minería que “se desarrolla por debajo de la superficie a través de labores subterráneas, con el uso de maquinaria mucho más pequeña que la utilizada por la minería a cielo abierto, debido a las limitaciones que impone el tamaño de las excavaciones, las vías de acceso a la montaña y demás labores”. Grupo Minero S.A en <http://mineros.com.co/operaciones/operacion-subterranea> (última visita Octubre 10 de 2016)

⁶⁵ Reporte de anotaciones [Agencia Nacional de Minería] en: https://www.anm.gov.co/sites/default/files/anotaciones_rmn/anotaciones_rmn_29_de_enero_de_2015.pdf

límite, Eco- Oro solicitó nueva prórroga, pero esta le fue negada debido la declaración de inexecutable del párrafo mencionado, por la Corte Constitucional, pues al prohibir cualquier tipo de actividad minera en los páramos delimitados, sin importar que hubiesen títulos previamente adquiridos, la Agencia Nacional de Minería en la Resolución VSC 829⁶⁶ del 2 de Agosto de 2016 no autorizó que se prorrogara la fase de exploración en las zonas del Proyecto Angosturas que habían quedado delimitadas como páramo en la Resolución 2090 del Ministerio del Medio Ambiente, lo que imposibilitó a Eco- Oro continuar con el proyecto en un 50.73%⁶⁷ del total del territorio que tenían concesionado.

De esta manera, Eco- Oro es titular de unos derechos adquiridos que no podrá sino utilizar parcialmente, pues respecto a la zona que ahora está delimitada como páramo, se encuentra con unos títulos vacíos de contenido. La multinacional, debido a este perjuicio, en comunicación del 11 de Agosto de 2016⁶⁸ manifiesta que el Estado Colombiano, mediante la Agencia Nacional de Minería lo está privando de sus derechos mineros y que como tal está incumpliendo el capítulo de inversión del Tratado de Libre Comercio con Canadá, pues hay unos títulos legalmente adquiridos y unas inversiones de gran envergadura que se han hecho en esta zona en la que ahora se ven imposibilitados de actuar sin una propia indemnización. Por ende no descarta acudir a instancias de arbitraje internacionales para que el Estado colombiano cumpla con lo señalado en el Tratado de Libre Comercio con Canadá si no hay una previa solución amigable de la controversia.

Lo que alegraría Eco-Oro ante un posible arbitraje internacional podría ser que el Estado lo expropió indirectamente, en aras del interés general pero sin una pronta y efectiva indemnización tal y como lo señala el artículo 811 del Tratado.

⁶⁶ Eco- Oro. Colombian National Mining Agency Deprives Eco-Oro of its Mining Rights (Agosto 11 de 2016), en: http://www.eco-oro.com/s/NewsReleases.asp?ReportID=760306&_Type=News-Releases&_Title=Colombian-National-Mining-Agency-Deprives-Eco-Oro-of-its-Mining-Rights

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.*

Estas controversias ya las advertían los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, quienes hicieron un salvamento de voto respecto a la parte de la sentencia C- 035 de 2016 que declaró inexecutable el párrafo 1 del artículo 173 de la ley mencionada en un principio. Estos consideraron que:

“En primer lugar, este Tribunal ha debido considerar que la aplicación inmediata de la prohibición –resultado de la decisión de inexecutable– podría, en algunos casos, ser interpretada a la luz de cláusulas incorporadas en tratados celebrados y ratificados por el Estado colombiano, como una forma de expropiación indirecta que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Dicho riesgo ha debido ser apreciado por esta Corporación, si se tiene en cuenta que el cumplimiento de los compromisos internacionales es relevante en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Constitución que demanda, en las relaciones exteriores, el respeto de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia. Este Tribunal no podía desconocer, como factor de ponderación, la posible responsabilidad del Estado que, precisamente, los incisos acusados pretendían enfrentar”.
(subrayado fuera del texto)

Lo que advertían estos magistrados, ahora es claro para el caso de Eco-Oro, pues el Estado de Colombia le está vulnerando derechos de propiedad consagrados en el Tratado de Libre Comercio con Canadá, y si bien puede hacerlo en aras del interés general, Colombia se comprometió a pagar una indemnización que además debe ser una alta suma de dinero que corresponda, de acuerdo al numeral 2 del artículo 811 del Tratado de Libre Comercio:

“[A]l valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación. Para determinar el valor justo de mercado, un Tribunal usará criterios apropiados de valoración, que podrán incluir el valor de

empresa en marcha, el valor de los activos incluyendo el valor del impuesto declarado por bienes tangibles, y otros criterios”.

Si bien la alta suma de dinero que se le debería como indemnización a Eco- Oro debido a la presunta expropiación indirecta que pueda ser declarada ante tribunal de arbitraje internacional, así como la posibilidad de instaurar una acción legal en contra del Estado, ha sido rechazada por diferentes grupos defensores del medio ambiente⁶⁹, tal y como lo señala Carlos Lozano Acosta, abogado de la Asociación Interamericana para la Defensa del Medio Ambiente al periódico El Tiempo cuando manifiesta que *“los Estados no deben ser sancionados por proteger sus fuentes de agua, cumpliendo las obligaciones nacionales e internacionales”*, hay que tener en cuenta, que fue el Estado Colombiano mismo quien al firmar el Tratado de Libre Comercio con Canadá se obligó a dicha indemnización, obligación que incluso fue avalada por la Corte Constitucional al hacer el control de constitucionalidad del tratado y no decir nada al respecto. El tratado vigente es una ley que rige para el Estado y lo obliga a indemnizar de la manera como él mismo lo señala. Así, de declararse ante un tribunal de arbitraje que hubo una expropiación indirecta, habrá que indemnizar pues el Estado incumplió una obligación que tenía con los inversores extranjeros provenientes de Canadá.

La inconformidad que para este caso sienten los grupos defensores del medio ambiente⁷⁰, es una inconformidad que se ha venido sintiendo globalmente ya que en muchas ocasiones los Estados se están viendo en una encrucijada entre proteger los intereses colectivos de quienes habitan el país, y el pago de sumas exorbitantes a particulares por restringir derechos particulares como la propiedad privada. Lo cierto es que obligarse a pagar indemnizaciones a inversores extranjeros es una potestad de los Estados que son quienes eligen suscribir

⁶⁹ El Tiempo. Rechazan acción legal de minera contra el país por páramo de Santurbán (Marzo 17 de 2016) en <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/ciencia/rechazan-accion-legal-de-eco-oro-contra-colombia/16537891>. Organizaciones repudian reclamación internacional de Eco- Oro contra el Estado colombiano por la protección de los páramos (Marzo 15 de 2016) en <http://derechodelpueblo.blogspot.com.co/2016/03/organizaciones-repudian-reclamacion.html>

⁷⁰ Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), Comité por Defensa del Agua y Páramo de Santurbán, Centro para el Derecho Ambiental Internacional, Alerta Minera Canadá, Centro para la Investigación de las Empresas Multinacionales (SOMO).

tratados de esta naturaleza. Son entonces los mismos Estados los que estarían encargados de cambiar esta realidad, es el caso por ejemplo de Indonesia, país que prefirió terminar el tratado bilateral de inversión que tenía con los Países Bajos por la excesiva protección que este tratado le daba a los inversores extranjeros, quienes demandaban por indemnizaciones que eran tan altas que el Estado no podía pagar sin un detrimento patrimonial irrecuperable. De acuerdo con el Centro de Investigación sobre Corporaciones Transnacionales⁷¹ países como Ecuador y Bolivia están también explorando otras alternativas, como dar confianza al inversionista en el sistema judicial interno, para no tener que acudir al arbitraje internacional que puede generar todavía mayores gastos al Estado, por último se podría destacar a Brasil como un ejemplo de resistencia, pues de acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo⁷², a la fecha no ha entrado en vigor ningún tratado con este tipo cláusulas de indemnización.

Lo anterior demuestra que son los mismos Estados quienes están en la potestad de decidir si suscriben o no tratados de este tipo, pero una vez estos están vigentes, como en el caso colombiano, habría que cumplirlos, así, el rechazo de la sociedad no es suficiente impedimento para que los inversores cobijados por los tratados quieran una indemnización por los perjuicios causados, por más que esto pueda verse como injusto, ellos están haciendo uso de las herramientas a las que tienen derecho por los tratados que se las están garantizando.

Así mismo lo señaló el Consejo de Estado en sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 11 de diciembre de 2014⁷³, cuando el Ministerio del Medio Ambiente le preguntó acerca del párrafo actualmente declarado inexecutable, este recomendó un régimen de transición en donde:

⁷¹ Indra Romgens. After South Africa, Indonesia takes a brave decision to terminate its Bilateral Investment Treaty with the Netherlands. The Centre for Research on Multinational Corporations. (Marzo 24 de 2014) en: <https://www.somo.nl/after-south-africa-indonesia-takes-a-brave-decision-to-terminate-its-bilateral-investment-treaty-with-the-netherlands/>

⁷² United Nation Conference on Trade and Development, Investment Policy Brazil, en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>

⁷³ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. (C.P William Zambrano Cetina; Diciembre 11 de 2014), pág. 62.

“Solo será constitucionalmente admisible permitir la continuidad, hasta su terminación, de aquellos contratos de concesión minera que no pongan en riesgo los ecosistemas de páramo. Dicho de otro modo, los contratos de concesión minera que pongan en riesgo los fines de la prohibición legal, deberán ceder frente al interés general de protección del medio ambiente. De darse esta hipótesis (imposibilidad de continuar contratos que ponen en riesgo los ecosistemas de páramo), el Estado deberá analizar, caso por caso, la necesidad de llegar a acuerdos de compensación económica con el fin de evitar reclamaciones judiciales. Sobre la preocupación que en este punto presenta el organismo consultante por la posibilidad de que algunos contratos estén cubiertos además por tratados bilaterales de protección a la inversión (Bilateral Investment Treaty -BIT)”. (subrayado fuera del texto)

La empresa multinacional Eco- Oro es una empresa que ha realizado inversiones desde hace más o menos 15 años en el Proyecto Angostura, y todo eso habrá que tenerlo en cuenta en la debida indemnización, la cual de acuerdo con medios de comunicación como la W Radio⁷⁴, podría llegar hasta los 4.000 millones de dólares. Se podría aproximar el cálculo de dicha indemnización con estudios más serios tomando los datos de los informes financieros de la misma empresa Eco-Oro y que están en su página web⁷⁵, pero el objetivo con este estudio de caso no es señalar la escandalosa suma millonaria que tal vez debería pagar el Estado a esta empresa por incumplimiento al TLC con Canadá, sino poner de presente que existe la posibilidad de un pago multimillonario al inversor extranjero porque el Estado incumplió una norma que se obligó a cumplir al suscribir dichos tratados.

El Estado de esta forma se obligó a proteger el derecho a la propiedad privada de inversores extranjeros con figuras como la prohibición de expropiación indirecta o

⁷⁴ W Radio. Demanda de Eco Oro a Colombia podría superar los US\$200 millones (Marzo 29 de 2016), en: <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/demanda-de-eco-oro-a-colombia-podria-superar-los-us200-millones/20160329/nota/3095112.aspx>

⁷⁵ Eco – Oro. Financial Reports, en: <http://www.eco-oro.com/s/FinancieraReports.asp> (última actualización 31 de Marzo de 2016).

la posibilidad de la misma en aras del interés social con justa indemnización, pero no ha hecho lo mismo con sus nacionales, veamos entonces el caso de los habitantes del Municipio de Vetas que también se vieron afectados con la delimitación y posterior sentencia de la Corte Constitucional y así sacaremos las conclusiones de este manifiesto privilegio que el Estado Colombiano le da al inversor extranjero.

3.3. La pequeña minería de Vetas y su desprotección

Vetas es un municipio de Santander, que de acuerdo con la delimitación del Páramo de Santurbán en la Resolución 9040 del Ministerio del Medio Ambiente, quedó en toda el área de protección de páramos. De acuerdo al mapa de delimitación⁷⁶ estaría en *zonas de restauración ecosistémica de páramos* y dentro del *complejo de páramos*. Por lo tanto como se mencionó anteriormente, al haber una expresa prohibición de realizar actividades mineras en páramos, en todo el municipio de Vetas quedó prohibida la actividad minera.

Esta decisión dejó sin la principal actividad económica a los habitantes de este municipio. Vetas es un municipio que se ha ido creando debido a la minería, y sus orígenes provienen de la misma⁷⁷. De acuerdo con el Alcalde actual del municipio, en entrevista con La Silla Vacía⁷⁸:

“De los dos mil habitantes del municipio solo 30 personas (los funcionarios públicos) no reciben recursos relacionados con la minería, 250 personas son empleadas de las minas, y el resto (que son el 75 por ciento de la población productiva) dependen directa o indirectamente de la extracción del oro”.

⁷⁶ Ministerio de Medio Ambiente. Mapa de delimitación páramo de Santurbán en: http://www.minambiente.gov.co/images/sala-de-prensa/Documentos/2014/diciembre/191214_mapa_delimitacion_santurban.pdf

⁷⁷ Alcaldía de Vetas, Santander. Nuestro Municipio en: http://www.vetas.santander.gov.co/informacion_gener al.shtml

⁷⁸ Jineth Prieto. Las Vetas de la sentencia sobre páramos. La Silla Vacía (Febrero 14 de 2016), en: <http://lasillavacia.com/historia/la-otra-cara-de-la-mineria-en-santurban-53040>

Vetas, un municipio que debe su nombre incluso a la minería, que si se aprecia su escudo se encuentra en este los mineros trabajando y la consigna *Real minera de Vetas*, ahora no sabe qué actividad productiva hacer.

Si bien con esta delimitación en este municipio se afectó toda la población que depende de alguna manera de la minería, como los trabajadores de minas, los comerciantes, los transportadores, entre muchos otros que se puedan pensar, son los pocos propietarios de títulos mineros, los que serán objeto de estudio en el caso, pues son los que se encuentran en iguales condiciones que Eco- Oro como propietarios a los que se les vio erosionado su derecho de propiedad.

A diferencia de Eco- Oro y su portal web donde se puede encontrar toda la información al día de la empresa para mantener informados a todos los interesados en esta inversión, las empresas mineras propias de los habitantes de Vetas, no tienen esa divulgación y la información que se encuentra es de fuentes secundarias. De acuerdo con Emerson Buitrago en su artículo *Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetas, Santander, Colombia*, hasta Octubre de 2011 ya solo había cuatro empresas mineras que no eran multinacionales: La Reina de Oro, Trompetero, La Providencia y La Elsy. El resto de títulos mineros habían sido vendidos a las multinacionales. Clara muestra de esto, podría ser el Proyecto Angosturas de Eco- Oro el cual, como ya se mencionó, está conformado por diferentes títulos mineros.

La Silla Vacía señalaba para el año actual (2016), que en Vetas había cuatro empresas mineras nacionales. Al ser esta la misma cifra que proporciona Emerson Buitrago, asumiremos que para la fecha no se ha vendido ningún título minero a estas a multinacionales y que son las mismas empresas nacionales las que siguen resistiendo a la fecha. Si bien debido a la imposibilidad de mantener económicamente una mina, o por la incertidumbre que puede estar presentándose en este momento en el municipio, alguna empresa ya pudo ser vendida. Al no tener información pública al respecto, el análisis para el caso objeto de estudio se

hará pensando en que las empresas La Reina de Oro, Trompetero, La Providencia y La Elsy aún son nacionales.

Estas minas tienen derechos adquiridos desde hace muchos años, la mina La Reina de Oro por ejemplo es una de las primeras en el siglo XX en pasar a las manos de los Vetanos⁷⁹. Estas minas han sido trabajadas legalmente e incluso tal y como lo señalaba Martín Camilo Carvajal, Director de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga a la Silla Vacía, “no utilizan mercurio, el uso del cianuro se redujo en un 80 por ciento y las prácticas de explotación son tan amigables con el medio ambiente como pueden ser”.

Con la delimitación del páramo se dejó a estas cuatro empresas con títulos mineros que no pueden utilizar de ninguna forma, a diferencia de Eco- Oro, que aún tiene el 50% de su Proyecto con títulos que aún son efectivos. A estas 4 empresas les expropiaron indirectamente títulos mineros en su totalidad y bajo ninguna ley tienen derecho a ser indemnizados ¿cómo pueden ejercer la defensa del derecho a la propiedad los propietarios de las cuatro empresas nacionales? ¿Podrán ser indemnizados por este tipo de expropiación? Como se mencionó en el capítulo anterior, para los colombianos la figura más similar a la expropiación indirecta, legalmente hablando es la afectación contenida en el artículo 37 de la Ley 9 de 1989, pero esta no es para títulos de explotación y exploración minera, sino para inmuebles en razón de decisiones urbanísticas; y la otra figura que podría llegar a salvaguardar sus derechos podría ser, por vía de la aplicación de la jurisprudencia del Consejo de Estado, una demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa aspirando a que en la sentencia se acoja la teoría de la ocupación jurídica que en algunas ocasiones ha aceptado esta Corporación. Los magistrados de la Corte Constitucional que hicieron el salvamento de voto que previamente mencionamos, también habían advertido en este sentido que

⁷⁹ Emerson A. Buitrago. Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetas, Santander, Colombia. Págs 321-346. Extractivismo minero en Colombia y América Latina, Ed., Barbara Göbel & Astrid Ulloa. Universidad Nacional de Colombia.

“[L]a Corte ha debido tomar nota al momento de adoptar su decisión que la modificación inmediata del régimen aplicable a las actividades desarrolladas al amparo de permisos previos, podría dar lugar a un daño antijurídico que comprometería la responsabilidad del Estado. En esta dirección, recientemente, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado advirtió que una de las hipótesis de daño antijurídico comprendidas por el artículo 90 de la Carta consiste en la aplicación de leyes expedidas por razones de interés general que sacrifican situaciones particulares y concretas (sin implicar una expropiación en estricto sentido) y para las cuales el legislador no ha establecido un específico régimen de transición o reparación”. (subrayado fuera del texto)

Como lo resaltan los magistrados, el Consejo de Estado en Sala de Consulta y Servicio Civil⁸⁰, ya había resaltado la problemática, manifestando además que:

“[E]n casos como el analizado, la protección de los ecosistemas de páramo en beneficio de toda la colectividad, e incluso de la sostenibilidad ambiental global, debe tener en cuenta también la situación de las personas que habitan o explotan legalmente dichos territorios, con el fin de evitar, en la medida de lo posible, que la implantación de la prohibición analizada genere innecesariamente situaciones de responsabilidad estatal”⁸¹.

Adicionalmente señaló que quienes “han obtenido del Estado un título minero, que se entiende que ha sido otorgado en terrenos habilitados para dicha actividad, tiene derecho a considerar que su actividad lícita será respetada y que podrá ejercerse durante el plazo del contrato, que es de 30 años. Sin duda allí pueden existir esfuerzos de inversiones de mediano y largo plazo que no sería fácil desconocer de un momento a otro”.

⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. (C.P William Zambrano Cetina; Diciembre 11 de 2014)

⁸¹ *Id.* Pág. 40.

Por lo tanto podemos ver que es claro, tanto para el Consejo de Estado como para los magistrados que hicieron el salvamento de voto, que la imposibilidad de ejercer los derechos adquiridos en los títulos mineros, debería dar lugar a una indemnización. Sin embargo, a diferencia de las manifestaciones de Eco- Oro, inversionista que puede señalar de manera precisa cómo el Estado está incumpliendo una ley en perjuicio de los mismos. Los nacionales propietarios de las cuatro empresas mineras de Vetas, hasta el momento están evaluando qué procedimiento judicial seguir, pues si bien manifestaron ante la Silla Vacía que “están esperando los alcances de la sentencia para definir si llegan hasta cortes internacionales”, a diferencia de los inversionistas extranjeros cobijados por tratados de inversión que pueden ir ante tribunal de arbitraje internacional sin haber agotado los recursos internos⁸², los nacionales para ir a “cortes internacionales” como podría ser la Corte Interamericana de Derechos Humanos por verse vulnerados sus derechos como el de propiedad privada; deberían primero acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, demostrando que agotaron los recursos internos del país o que no hay recursos efectivos para la protección de sus derechos⁸³. Esto llevaría también un largo tiempo y no hay tanta certeza de protección como el caso del latente incumplimiento del Estado en el Tratado de Libre Comercio con Canadá.

Hasta el momento, la esperanza para revertir este perjuicio que le han causado a los vetanos, en este caso a los empresarios nacionales, es una tutela que interpusieron la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez y el Comité por la Defensa del Agua y del Páramo de Santurbán⁸⁴ en la que se alega que la delimitación del páramo con la Resolución 9040 del Medio Ambiente fue inconsulta. De esta manera, la herramienta para remediar el daño a los vetanos sería volver a delimitar el páramo de Santurbán consultando a las comunidades. Si bien esta nueva delimitación podría concluir en mayor protección para los nacionales que sobreviven con la minería, también esta puede llevar al riesgo de que con la nueva delimitación y para evitar

⁸² Ley 1363 de 2009 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo Canadá- Colombia. Artículo 819.

⁸³ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 46.

⁸⁴ Esta de acuerdo al Movimiento Cívico Conciencia Ciudadana será revisada por la Corte Constitucional <http://concienciaciudadana.org/agua-derecho-fundamental/>

controversias con Eco- Oro, la zona delimitada como páramo para ellos también sea revertida. A pesar de que una nueva delimitación del páramo debe hacerse con criterios técnicos que no solo sean biológicos sino sociales, no hay un resultado cierto de protección al municipio de Vetas con esto, pues ¿qué pasa si bajo nuevos criterios vuelven a quedar en zona de páramos? Lo que quisiera resaltar aquí es que para los nacionales como los pequeños empresarios de Vetas no hay una garantía ni constitucional ni legal para cuando su derecho de propiedad se vacía de contenido pero su titularidad permanece, a diferencia de la expropiación directa consagrada a favor de los inversores extranjeros, donde constitucional y legalmente hay un deber de indemnizar. Para este tipo de situaciones, los nacionales estamos desprotegidos y el Estado autorizado para actuar sin tener en cuenta los perjuicios que deja en materia de detrimento a la propiedad privada.

Cabe resaltar que el caso del municipio de Vetas va más allá de los derechos de propiedad que se le vieron erosionados a los pequeños empresarios, sino que aquí hay una situación en donde se están violando derechos culturales, al mínimo vital, al trabajo, entre otros, en perjuicio de los habitantes del municipio; temas que no se tocan para propósitos del texto pero que no pueden quedar ignorados.

Respecto al derecho a la propiedad privada, un derecho que a luces de la Constitución Política no es absoluto, pero sí fundamental, se ve una clara desprotección a los nacionales cuando fácticamente se sigue siendo propietario pero sin poder hacer nada con dicha titularidad. El derecho a la propiedad privada es clave para el desarrollo de un proyecto de vida digno, para poder con esta suplir necesidades de vivienda, alimentos, vestido, recreación, educación e incluso para garantizar derechos a la igualdad, la libertad y la democracia pues tener garantía de que al menos hay unas necesidades básicas satisfechas, es importante para perseguir otros derechos. Si bien en los casos planteados no se habla de proteger la propiedad privada para garantizar necesidades básicas pues analizando una empresa como Eco- Oro con múltiples accionistas, no puedo concluir que esta sea la empresa que dé subsistencia a ciertas personas que hacen parte de la misma, así como tampoco puedo asegurar que las pequeñas

empresas tengan actualmente dicho objetivo; la desprotección en general a los derechos de propiedad privada con figuras como la expropiación indirecta sin indemnización para los Colombianos es latente y debe preocupar pues no solo se podría ver afectada con la imposibilidad de ejercer títulos mineros, sino que se da en cualquier circunstancia en la que se tengan derechos adquiridos con imposibilidad de ejercerlos, o con cualquier bien corporal donde a pesar de ser titular del mismo no se puedan ejercer los atributos que este derecho contiene.

Cabría entonces preguntarse si la medida que se ejemplifica con el caso de Eco- Oro y el municipio de Vetas estaría justificada bajo el test de igualdad que propone la Corte Constitucional, pero realmente tampoco se encuentra respuesta afirmativa al respecto pues de acuerdo con este test, habría que evaluar “(i) el fin buscado por la medida, (ii) el medio empleado y (iii) la relación entre el medio y el fin”⁸⁵:

Lo que se podría apreciar es que de acuerdo a lo ya analizado, medidas como éstas buscan proteger al inversor extranjero, así como impulsar a que haya mayor inversión extranjera que tiene como objetivo entre otros, impulsar el desarrollo económico y tecnológico del país, sin embargo el medio empleado sería el de privilegiarlos en materia de la protección a la propiedad privada sobre los inversores nacionales que no gozan de la misma protección, lo que no puede ser constitucionalmente válido, ya que el inversor nacional también es importante para un desarrollo integral del país, también puede proveer desarrollo tecnológico, demandar mano de obra, etc. Por lo tanto la relación entre el fin de la medida y el medio empleado no pueden justificarse si se pretende privilegiar al inversor extranjero, ya que el fin de la medida, el cual es constitucionalmente válido pues corresponde a los fines consignados en los artículos 226 y 227 de la Constitución antes mencionadas, no debería hacerse mediante discriminación alguna, mucho menos del nacional colombiano, el cual también cumple una función social importante en el desarrollo de los fines constitucionales.

⁸⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-01 de 2014 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo; Enero 23 de 2014)

Si bien el caso en particular estudiado y el texto en general se se enfocó desde el alcance de protección de la propiedad privada con respecto a los títulos mineros, cabe anotar que el tratamiento desigual que se presenta, no solo podría manifestarse en este tipo de casos, tal como lo demuestra Nicolás M. Perrone que hace un análisis en materia de desigualdad de tratamiento de la propiedad privada en materia de tierras y producción agrícolas entre nacionales e inversores extranjeros protegidos por tratado bilaterales de inversión en América Latina. Los casos que actualmente se están discutiendo ante arbitraje internacional son principalmente por títulos mineros, y por eso la importancia de traerlos en el texto, pero posteriormente pueden llegar otros casos en detrimento a otro tipo de derechos adquiridos, o por vulneración a la propiedad de bienes muebles e inmuebles, casos en los cuales de seguir bajo esta esfera, los nacionales continuarían desprotegidos mientras que los inversores extranjeros contarán con todas las herramientas para proteger sus derechos de propiedad, todo esto bajo una discriminación que está siendo avalada constitucionalmente, pero que no tiene justificación alguna.

CONCLUSIÓN

La Corte Constitucional fue oportuna en declarar inexecutable los artículos de expropiación indirecta en los años 90 porque había una desigualdad respecto al nacional en materia de indemnizar como se manifestó antes, pero de ahí en adelante al parecer no se preocupó más por garantizar la igualdad entre nacional y extranjeros, y por el contrario su papel fue el de admitir artículos que como el de la expropiación indirecta discriminan al nacional y privilegian a los inversionistas extranjeros, esto mismo con el aval del poder ejecutivo que sigue firmando acuerdos de este tipo.

El problema no radica en que se esté indemnizando la expropiación indirecta, pues esto es acorde con la Constitución Política, la cual en su artículo 90 señala que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos ocasionados a los particulares. Lo que se rechaza es que esta indemnización solo se esté dando a los inversionistas extranjeros que están cobijados por un tratado bilateral de inversión y que solo sean estos quienes tengan el derecho a que el daño sufrido por ellos sea indemnizado, o al menos que sólo frente a ellos exista una norma jurídica clara que establezca el derecho a recibir una indemnización por este tipo de actuaciones, cuando los nacionales colombianos también pueden verse envueltos en situaciones de expropiación indirecta pero no tendrán herramientas jurídicas claras que les permita acudir ante la administración de justicia buscando la indemnización de los perjuicios sufridos por esta causa. Esto entonces debería ser un llamado tanto a la Corte Constitucional para que advierta la desigualdad que está avalando, así como para el poder legislativo, para que expida normas que extiendan la protección que se le está dando al inversor extranjero amparado por un tratado bilateral de inversión, a todos los nacionales, y en subsidio para que la jurisprudencia del Consejo de Estado cree una línea jurisprudencial clara reconociendo la figura de la "ocupación jurídica" o

la "expropiación indirecta" como un título de imputación jurídica autónomo o derivado del daño especial, para que los colombianos cuenten con mayor seguridad jurídica al momento de acceder a la administración de justicia en busca de protección judicial.

Cuando el Estado se está obligando a indemnizar expropiaciones indirectas a los inversores extranjeros protegidos por acuerdos de inversión o cuando incluso tiene prohibido hacerlas para proteger derechos de propiedad , sin asumir los mismos compromisos frente a los inversores nacionales, está tolerando una desigualdad de protección en materia de un derecho fundamental, lo cual resulta sumamente grave pues está desatendiendo otros mandatos constitucionales como el asegurar un orden económico y social justo consagrado en el preámbulo constitucional, así como el derecho fundamental a la igualdad; situación que como se mencionó previamente no cumple con lo que indica el test constitucional de igualdad, pues con esta medida discriminatoria no se está persiguiendo ningún fin constitucionalmente válido que logre justificarse.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes bibliográficas:

- María del Pilar Álvarez Pérez. *La función social de la propiedad privada. Su protección jurídica*, Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, 2014.
- María Lucía Amador Mesa. *Los efectos jurídicos de la declaratoria de una zona excluible de la minería respecto de los títulos mineros otorgados con anterioridad a ella*. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Julio 2012.
- Patricia B.R Arsen, *Tratados bilaterales de inversión: su significado y efectos*. Ed., Astrea.
- Emerson A. Buitrago. *Una historia y una vida alrededor del oro: territorialidad y minería en el municipio de Vetas, Santander, Colombia*. Págs 321-346. Extractivismo minero en Colombia y América Latina, Ed., Barbara Göbel & Astrid Ulloa. Universidad Nacional de Colombia.
- Ramón Casilda Béjar. *América Latina y el Consenso de Washington*, Boletín económico de ICE No. 2803 (2004).
- Jairo Estrada Álvarez. *Los tratados de libre comercio y la inversión extranjera: Notas acerca del marco jurídico institucional*. Pensamiento Jurídico No. 27 (2010)
- Mayra Alejandra Gélvez & Natalia Correa Sánchez. *Inexistencia de derechos adquiridos: Títulos mineros vigentes en áreas posteriormente declaradas excluibles de minería*. Revista de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Junio de 2015.
- Aleksey Herrera Robles. *Los Derechos Adquiridos Frente a la Función Administrativa*. Revista de Derecho Universidad del Norte. 2002.
- John Locke. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Pág 22. Ed., Aguilar (1973)
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. *ABC de los Acuerdos internacionales de inversión*, disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=6126> (última actualización 4 de Octubre de 2016)

- Claire Provost & Matt Kennard. *How to sue a country*. The Investigative Fund. (Junio 10 de 2015), en: http://www.theinvestigativefund.org/investigations/corporateaccountability/2135/how_to_sue_a_country/?page=entire
- Enrique A, Prieto- Ríos, *BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho*, Estudios Socio-Jurídicos, Mar. 2011
- Jorge Humberto Pérez Sánchez. *Vida Propiedad y Libertad en John Locke*. Economía y Derecho, 2011.
- Jineth Prieto. *Las Vetas de la sentencia sobre páramos*. La Silla Vacía (Febrero 14 de 2016), en: <http://lasillavacia.com/historia/la-otra-cara-de-la-mineria-en-santurban-53040>
- Nicolás M. Perrone. *Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica*. ACDI. Agosto 2016.
- Héctor Quintero Santaella. *Notas sobre concepto y la garantía de la propiedad en la Constitución colombiana*. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado. 2011
- Héctor Quintero Santaella. *El régimen constitucional de la propiedad privada en Colombia y su constitucionalización* (tesis de doctorado). Universidad Autónoma. Madrid. Recuperado en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5246>
- Clara Patricia Quintero Garay. *Expropiación indirecta en los contratos de concesión*. Estudios Socio. Jurídicos, Jul. 2008.
- Indra Romgens. *After South Africa, Indonesia takes a brave decision to terminate its Bilateral Investment Treaty with the Netherlands*. The Centre for Research on Multinational Corporations. (Marzo 24 de 2014) en: <https://www.somo.nl/after-south-africa-indonesia-takes-a-brave-decision-to-terminate-its-bilateral-investment-treaty-with-the-netherlands/>

- Semana Sostenible. *El fracaso de Santurbán* (Abril 9 de 2016), en: <http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/santurban-el-fracaso-de-la-delimitacion/34878>
- Christopher Saporita. Reconciling Human Rights and Sovereignty: A Framework for Global Property Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 10, No. 2 (2003).
- El Tiempo. *Rechazan acción legal de minera contra el país por páramo de Santurbán* (Marzo 17 de 2016) en <http://www.eltiempo.com/estilo-de-vida/ciencia/rechazan-accion-legal-de-eco-oro-contra-colombia/16537891>.
- United Nation Conference on Trade and Development. *Research and Policy Analysis*, disponible en: [http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20\(IIA\)/Research-and-Policy-Analysis.aspx](http://unctad.org/en/pages/DIAE/International%20Investment%20Agreements%20(IIA)/Research-and-Policy-Analysis.aspx) (última visita 10 de Septiembre de 2016).
- United Nation Conference on Trade and Development, *Investment Policy Brazil*, en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iialInnerMenu>.
- W Radio. *Demanda de Eco Oro a Colombia podría superar los US\$200 millones* (Marzo 29 de 2016), en: <http://www.wradio.com.co/noticias/actualidad/demanda-de-eco-oro-a-colombia-podria-superar-los-us-200millones-/20160329/nota/3095112.aspx>

Fuentes Normativas:

- Declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789.
- Convención Americana de derechos humanos, 1969.
- Ley 9 de 1989. Por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones.
- Constitución Política de 1991.
- Ley 388 de 1997. Por la cual se modifica la Ley 9 de 1989, y la Ley 2 de 1991 y se dictan otras disposiciones.

- Acto Legislativo 1 de 1991. Por el cual se reforma el artículo 58 de la Constitución Política.
- Ley 685 de 2001. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.
- Ley 1198 de 2008 Por medio de la cual se aprueba el “Convenio entre la República de Colombia y la confederación Suiza sobre la promoción y la protección recíproca de inversiones y su protocolo”, hechos en Berna, Suiza, el 17 de mayo de 2006.
- Ley 1363 de 2009. Por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia”, hecho en Lima, Perú, el 21 de noviembre de 2008.
- Ley 1753 de 2015. Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018.

Fuentes Jurisprudenciales:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ivcher Bronstein vs. Perú. Serie 74. (Febrero 6 de 2001).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cinco Pensionistas vs. Perú. Serie 98. (Febrero 28 de 2003).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 006 de 1993 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz; Enero 18 de 1993).
- Corte Constitucional. Sentencia C-168 de 1995 (M.P Carlos Gaviria Díaz; Abril 20 de 1995).
- Corte Constitucional. Sentencia T-310 de 1995 (M.P Vladimiro Naranjo Mesa; Julio 17 de 1995).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 358 de 1996 (M.P Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo; Agosto 14 de 1996).
- Corte Constitucional. Sentencia T-413 de 1997 (M.P José Gregorio Hernández Galindo; Agosto 28 de 1997).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 595 de 1999. (M.P Carlos Gaviria Díaz; Agosto 18 de 1999).
- Corte Constitucional. Sentencia C- 669 de 2002 (M.P Alvaro Tafur Galvis; Agosto 20 de 2002).

- Corte Constitucional. Sentencia C-789 de 2002 (M.P Rodrigo Escobar Gil; Septiembre 24 de 2002).
- Corte Constitucional. Sentencia T-831 de 2004 (M.P Jaime Araujo Rentería; Septiembre 1 de 2004).
- Corte Constitucional. Sentencia C-476 de 2007 (M.P Álvaro Tafur Galvis; Junio 13 de 2007).
- Corte Constitucional. Sentencia C-750 de 2008 (M.P Clara Inés Vargas Hernández; Julio 24 de 2008).
- Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2009 (M.P Humberto Sierra Porto; Enero 28 de 2009).
- Consejo de Estado. Exposición de motivos acompañada al proyecto de Ley 167 de 1941.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo (C.P Daniel Anzola Escobar; Octubre 10 de 1951).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Jorge Valencia Arango; Octubre 28 de 1976).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Jorge Valencia Arango; Julio 19 de 1979).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Mauricio Fajardo Gómez; Mayo 9 de 1992).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Ruth Stella Correa; Septiembre 10 de 2005).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Mauricio Fajardo Gómez; Diciembre 4 de 2006).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Carlos Alberto Zambrano Barrera; Octubre 1 de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de consulta y servicio civil. (C.P William Zambrano Cetina; Diciembre 11 de 2014).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera (C.P Danilo Rojas Betancourth; Abril 29 de 2015).