

ALCANCE Y EFECTO DE LAS EXCEPCIONES GENERALES AMBIENTALES  
EN LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN EXTRANJERA: EL  
CASO DEL TLC ENTRE COLOMBIA Y CANADÁ

SUSANA ROJAS VELÁSQUEZ

VALERIA GÓMEZ GÓMEZ

Trabajo de grado presentado ante la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT como  
requisito para optar por el título de abogado

ASESORA

LINA LORENZONI ESCOBAR

UNIVERSIDAD EAFIT  
ESCUELA DE DERECHO  
PREGRADO DE DERECHO

MEDELLÍN

2022

INTRODUCCIÓN .....	3
CAPÍTULO I .....	8
i. Excepciones generales: algunas consideraciones interpretativas preliminares .....	8
ii. Excepciones generales en el contexto del TLC entre Colombia y Canadá .....	10
CAPÍTULO II .....	13
i. Antecedentes sobre el marco normativo minero y ambiental de la inversión de Eco Oro 13	
ii. Notificación de arbitraje y violación del estándar de trato mínimo .....	16
iii. Interpretación de las excepciones generales para la protección del medio ambiente en el contexto del TLC entre Colombia y Canadá.....	17
1. Interpretación del Estado colombiano .....	17
2. Interpretación del inversionista .....	19
3. Interpretación de Canadá.....	21
4. Interpretación y decisión del tribunal de arbitramento.....	22
CAPÍTULO III.....	25
CONCLUSIONES .....	28

## Resumen

El propósito de la presente investigación es determinar el efecto y el alcance de las excepciones generales ambientales en los tratados internacionales de protección a la inversión extranjera. Se emplea la doctrina internacional y el texto del TLC entre Colombia y Canadá, a la luz de la interpretación dada recientemente por un tribunal arbitral en el caso Eco Oro contra Colombia, como principal fuente para proponer una interpretación de la cláusula de excepciones ambientales incluida en el mismo TLC entre ambos países.

**Palabras clave:** Derecho internacional de la inversión extranjera, tratados internacionales, inversión extranjera, derecho ambiental, excepciones generales.

## Abstract

The purpose of this investigation is to determine the consequences and scope of environmental general exceptions in International Investment Agreements. In this regard, this work uses international doctrine and the Colombia-Canada TLC as the main source of information to propose an interpretation of the environmental general exceptions clauses of the Free Trade Agreement (FTA) between Colombia and Canada.

**Keywords:** International Investment Law, International Treaties, Foreign Investment, Ambiental Law, general exceptions.

## INTRODUCCIÓN

El Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y Canadá, ratificado en el 2011, incluye un capítulo para la protección de la inversión extranjera. Así, abarca disposiciones para la liberalización del comercio y también otras para la protección de la inversión, muy similares a las que se incluyen corrientemente en los acuerdos para la protección de la inversión extranjera (APPRI). Dicho TLC cobijó la inversión extranjera realizada en 1994 por la empresa minera canadiense, Eco Oro Minerals Corp.<sup>1</sup> (en adelante Eco Oro), la cual consistió en un proyecto minero ubicado, por lo menos parcialmente, en el Páramo de Santurbán.

Posterior a una secuencia de medidas adoptadas por los órganos del Estado colombiano, entre ellos el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, se prohibió la minería en páramos<sup>2</sup>. Esto ha desatado una serie de decisiones por parte de órganos del Estado

---

<sup>1</sup> Antes conocida como “Greystar Resources Ltd.”.

<sup>2</sup> En junio de 2011, el Congreso de la República de Colombia, sancionó la Ley 1450 (conocida con el nombre de “Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014”). El Artículo 202 de esta Ley, prohibía expresamente las actividades mineras en los ecosistemas de páramo y disponía que el Ministerio de Ambiente, Vivienda

que han limitado la posibilidad por parte de Eco Oro de realizar actividades mineras en el área del título otorgado. Lo anterior motivó al inversionista a llevar la controversia a un tribunal de arbitramento, bajo el mecanismo del arbitraje inversionista-Estado, pactado en el TLC. El inversionista adujo la violación del estándar de trato justo y equitativo, así como la expropiación indirecta. Colombia, por su parte, invocó una excepción general ambiental en aras de proteger el Páramo de Santurbán, también prevista en el mismo TLC. El Tribunal, encontró que Colombia había violado el estándar de trato justo y equitativo, estudió el alcance de la excepción general ambiental invocada por el Estado anfitrión y llegó a la conclusión de que esta no excluía la indemnización económica a la empresa Eco Oro.

La decisión ha agudizado el debate alrededor del alcance de las excepciones generales ambientales en el derecho internacional de la protección a la inversión extranjera. Por consiguiente, el caso de Eco Oro brinda la oportunidad de analizar el alcance de una excepción de este tipo, lo que en esta oportunidad se hará particularmente a la luz de lo dispuesto en el TLC entre Colombia y Canadá.

El derecho internacional ha vivido un proceso de expansión y también de especialización:

Lo que antes aparecía regido por el «derecho internacional general» se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el «derecho mercantil», el «derecho de los derechos humanos», el «derecho ambiental», el «derecho del mar», el «derecho europeo», e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el «derecho de las inversiones» o el «derecho internacional de los refugiados», etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones. (Koskenniemi, 2006, p. 193)

No ha sido sencillo articular estos distintos regímenes, en vista de que “una de las consecuencias de la especialización del derecho internacional público es precisamente su fragmentación” (Niedrist & Figueroa, 2020, p. 6). Esta refleja la diversificación de objetos y técnicas, en respuesta a la necesidad de evolución de la materia (Koskenniemi, 2006); de ahí, que se formen nuevos regímenes autónomos, generando contradicciones e incompatibilidades entre unos y otros. Debido a esta expansión descoordinada, y a la necesidad de resolver los conflictos derivados de la misma, es la resolución de casos concretos la que ha ofrecido soluciones, ante la ausencia de una regulación normativa general. Lo anterior evidencia que el derecho internacional actual carece de las capacidades para coordinar de manera efectiva los regímenes (Niedrist & Figueroa, 2020). Asimismo, “[...] organismos integradores del derecho internacional público están perdiendo influencia y capacidad de coordinación entre diferentes áreas del derecho internacional ante la creciente especialización y fragmentación de dicho orden jurídico internacional” (Niedrist & Figueroa, 2020, p.6). Esto, junto con producir, en determinados escenarios, una inseguridad jurídica, ha generado, además, insatisfacción por la manera en la que estos órganos han articulado intereses medio ambientales con otros intereses.

---

y Desarrollo Territorial determinaría los límites de los sistemas de páramo sobre la base de criterios técnicos, sociales, ambientales y económicos (Moseley-Williams, 2016).

Dicha fragmentación del derecho internacional se refleja también en el derecho internacional económico, una rama del derecho internacional público. Esta rama puede ser definida como el derecho de las relaciones internacionales económicas, un concepto que reúne tres elementos clave: derecho, internacional y económico (Hinojosa & Roldán, 2010). Las repercusiones que representa la fragmentación para el derecho internacional económico se han manifestado particularmente en los regímenes del comercio internacional y, posteriormente, en el régimen de protección para la inversión extranjera, en sus relaciones con otros regímenes del derecho internacional. Lo anterior porque

[...] resultan inexistentes tales rupturas entre regímenes y sistemas con objetivos afines y similares; un ejemplo de ello: entre los diferentes sistemas de derechos humanos en su relación con derecho humanitario o la preservación de la paz y seguridad internacional. Lo mismo aplica a la relación de la OMC con la protección de inversiones internacionales o acuerdos comerciales regionales, donde todos, si bien tienen diferentes contenidos y prioridades, se enfocan al mismo objetivo de la liberalización del comercio. Sus conflictos son, en consecuencia, de carácter técnico, pero no *per se* incompatible (Niedrist & Figueroa, 2020, p. 12).

Ahora bien, La relación entre comercio y medio ambiente se ha discutido ampliamente. Este último ha cobrado alta relevancia en los últimos años para la comunidad internacional, ya que “no era un tema relevante cuando se creó el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) después de la Segunda Guerra Mundial.” (Esty, 2001. P. 27). La autora Ellen Hey (2016) argumenta que las razones subyacentes para el advenimiento del Antropoceno<sup>3</sup> están profundamente arraigadas en el derecho internacional, en particular en el derecho económico internacional y algunos de los mecanismos basados en el comercio que forman parte de los acuerdos ambientales multilaterales. También, muestra que estas mismas razones subyacentes están estrechamente relacionadas con el legado colonial del derecho internacional.

Como lo menciona Evelyn Horowitz (1995), la relación entre el comercio y el ambiente viene discutiéndose desde los años setenta con la Conferencia Mundial sobre el medio ambiente de 1972 en Estocolmo. En esta, “los participantes adoptaron una serie de principios para la gestión racional del medio ambiente, incluida la Declaración y el Plan de Acción de Estocolmo para el medio ambiente” (Naciones Unidas, 1973). Adicionalmente, la relevancia de este asunto para la economía se manifiesta tras la publicación de los Principios Orientadores sobre los Aspectos Económicos Internacionales de las Políticas Ambientales por la OCDE, y “[...] la protección ambiental se ha convertido en un tema central de la agenda pública, y las políticas de comercio y de medio ambiente con frecuencia se cruzan y chocan entre sí.” (Esty, 2001. P. 27). La relación entre comercio y medio ambiente evidencia que dichas materias no pueden ser excluyentes entre sí, puesto que ambas buscan desarrollar un interés general: mayor bienestar, por el lado del derecho económico internacional; conservación y protección, por el lado del medio ambiente.

Se resalta entonces la importancia de satisfacer el derecho al comercio de forma equitativa, en la que se respete el medio ambiente y se protejan las necesidades de la presente y futura generación (Ulrich, 2013). Entre las posibles soluciones propuestas para

---

<sup>3</sup> El término “Antropoceno” hace referencia a una nueva área en la que muchas condiciones y procesos geológicamente significativos son profundamente alterados por las actividades humanas.

aliviar esta tensión, en el marco del régimen del comercio internacional, se encuentra la figura de las excepciones generales, contemplada en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Igualmente, la Organización Mundial del Comercio (OMC) hace mención del desarrollo sostenible en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech de 1994, donde le da continuidad al GATT mediante el establecimiento de una organización internacional, “realizando adaptaciones a los desafíos de las nuevas necesidades del comercio internacional” (Hinojosa & Roldan, 2010. P. 76.).

En concreto, es el artículo XX del GATT el que se refiere a las excepciones generales; allí prevé varios casos específicos en los que los miembros de la OMC pueden estar exentos de las normas del GATT (OMC, s.f). Entre ellos, los literales B y G del artículo XX salvaguardan el medio ambiente.

Gracias a este mecanismo, se presenta una alternativa que mitiga la tensión entre el comercio y la protección al medio ambiente, ya que permite incumplir las obligaciones con el objetivo de proteger un interés general; es decir, que “Los Estados miembros de la OMC pueden actuar al margen de las obligaciones que fluyen del régimen general a fin de adoptar medidas que tienen por objeto proteger intereses y valores de distinta naturaleza” (Villanueva, 2012. P. 71).

En el régimen de protección de las inversiones extranjeras, también se ha materializado el dilema de cómo articular dos intereses en juego: la protección del inversionista y la protección al medio ambiente. Esto resulta relevante para los Estados, debido a que las disposiciones que están pensadas para el medio ambiente, articuladas en tratados internacionales, pueden poner en juego su responsabilidad internacional. Este y otros cuestionamientos sistemáticos al derecho internacional para la protección de la inversión extranjera generaron un movimiento orientado a reformar el régimen mismo, en el sentido de hacer visibles, en los tratados de protección para inversión extranjera, las obligaciones del Estado en materia medioambiental.

Por ejemplo, M. Sornarajah (2015) indica que el panorama cambió a medida que comenzaron a resonar sucesos que afirmaban que era insuficiente la consideración de los intereses ambientales en los arbitrajes de inversión. Según dicho autor, el papel de las organizaciones no gubernamentales (ONG) en el manejo de tales eventos, tuvo el impacto de asegurar que los Estados comenzaran a celebrar nuevos acuerdos, al incorporar disposiciones sobre protección ambiental. Si bien en un principio esas disposiciones eran una recomendación, sus formulaciones posteriores manifestaron la obligación específica de tener en cuenta los intereses ambientales al adoptar decisiones relativas a la inversión extranjera. Las disposiciones reconocen la interferencia reglamentaria por razones ambientales, llamando a los Estados a implementar la protección del medio ambiente sobre la base de que existe una obligación de fomentar la legislación ambiental, es decir, buscar amparar la vida humana, animal y vegetal.

Entre las soluciones de reforma propuestas, se plantea que la excepción general, reflejada en la cláusula contemplada en el GATT, pudiera importarse al régimen de inversión extranjera para articular la tensión inversionista-ambiente. Así, por ejemplo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) (2015), al hacer recomendaciones para que los funcionarios públicos puedan negociar tratados de protección a la inversión que reflejen el interés público, propone varias herramientas para

recalibrar estos tratados, entre ellas las excepciones generales para proteger políticas públicas.

En suma, las excepciones generales son una figura importada de la estructura y el lenguaje del derecho del comercio internacional, como ya se explicó, al régimen de las inversiones extranjeras incluidas en los APPRI. Dichas excepciones se incluyen con el propósito de reformar los APPRI, pues permitirían reflejar en estos instrumentos, el deber regulatorio del Estado. El TLC entre Colombia y Canadá incluye una cláusula de este tipo.

El presente artículo analiza las cláusulas generales de excepciones para el medio ambiente en el contexto de los tratados de la inversión extranjera, particularmente en el contexto del TLC entre Colombia y Canadá, con el fin de determinar sus efectos en dicho régimen. En un primer momento, se introduce la temática de las excepciones generales en el derecho de la inversión extranjera, sus posibles interpretaciones y la forma cómo la misma se articula en el TLC entre Colombia y Canadá. El segundo capítulo, ilustra los antecedentes normativos de la inversión de Eco Oro en el país y las circunstancias que llevaron al arbitraje; igualmente, ilustra las posiciones de las partes respecto del estándar de trato mínimo, que el tribunal consideró violado, y respecto de la disposición que establece la excepción general para el medio ambiente. Finalmente, el tercer capítulo propone una recomendación frente a una posible interpretación autoritativa respecto de la cláusula referente a las excepciones generales. Por último, se plasman las conclusiones de la investigación.

## CAPÍTULO I

Como ya se indicó, en el marco del derecho internacional de protección de la inversión extranjera, se debate cómo equilibrar dos intereses en juego: el de la protección al inversionista y el de la protección al medio ambiente. Al respecto, UNCTAD (2015) plantea varias sugerencias. En términos generales, indica que, al momento de negociar un APPRI, éste refleje los principios generales, como el derecho a regular del Estado. Este principio se refleja, entre otras cosas, en las cláusulas de los APPRI que establecen que las inversiones deben ser conformes con la legislación del país anfitrión, permitiendo a los países excluir determinadas áreas normativas del alcance del tratado; además, aclarar y circunscribir el contenido de la expropiación indirecta o la inclusión de excepciones generales<sup>4</sup>.

### i. Excepciones generales: algunas consideraciones interpretativas preliminares

La controversia que nos ocupa en este trabajo gira alrededor del alcance de estas últimas. Ya en el 2008, Newcombe (2008), al referirse a la inclusión de excepciones generales a las obligaciones de los APPRI, evidencia que se basan en el art. XX del GATT o el art. XIV del AGCS. Además, opina que, si bien la práctica convencional en esta esfera es embrionaria, la inclusión de excepciones generales plantea una serie de cuestiones jurídicas sobre el alcance de las obligaciones de los APPRI. Dichas cuestiones jurídicas se reflejarían en la interpretación que cada Estado le dé a esta figura, así como el análisis que los tribunales de arbitramento le otorguen a este mecanismo en un conflicto concreto.

De acuerdo con Alschner & Hui (2019) solo una minoría de los APPRI contiene excepciones generales de orden público, pero su participación está creciendo. De los 2963 APPRI investigados por ellos, al menos 106 (es decir, alrededor del 3,5% de todos los APPRI) tienen una cláusula de este tipo. Hoy en día, un conjunto geográficamente diverso de estados, incluyendo Canadá, Colombia, Japón, Mauricio, Nueva Zelanda, Singapur, Eslovaquia y Turquía, incluyen tales excepciones en sus acuerdos. Para 2016, la proporción de APPRI recién concluidos, que contenía una excepción de orden público general, alcanzó el 40%. Además, un número creciente de TLC con capítulos de inversión también prevé excepciones generales similares.

De acuerdo con los autores citados anteriormente, por excepciones de orden público general, se hace referencia a un conjunto de cláusulas (1) que no están explícitamente limitadas en su alcance a obligaciones primarias específicas, (2) que cubren preocupaciones de política pública que se extienden más allá de las cuestiones de orden público y seguridad, como las ambientales y (3) que permiten una medida que de otro modo constituiría una violación del tratado. Por lo tanto y, bajo su perspectiva, el artículo XX del GATT sería una excepción arquetípica de orden público general, ya que se aplica a todo el tratado, cubre preocupaciones de orden público distintas de la seguridad y permite una medida incompatible con el tratado. Alschner (2017) expone que los

---

<sup>4</sup> UNCTAD. (2015). Investment policy framework for sustainable development.



resultados de la codificación se utilizan de tres maneras diferentes para representar el diseño del tratado. Una de ellas, es en su forma cruda, sobre la cual la codificación permite describir la ocurrencia de características específicas del tratado y su prevalencia cambiante a lo largo del tiempo. Se puede rastrear, por ejemplo, cuándo se introdujeron excepciones de orden público general basadas en el artículo XX del GATT en el universo de los APPRI y cómo proliferaron con el tiempo.

A continuación, reproducimos algunos apartes del artículo XX, relacionados con esta materia y en el que se establece lo siguiente:

**Artículo XX: excepciones generales.** A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: [...]

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; [...]

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen juntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales; [...]

En vista de que el artículo fue importado al régimen de inversión extranjera, es posible decir que su integración no fue literal, sino analógica.

Como se anticipó, se ha discutido cuál sería el efecto de estas excepciones generales en el ámbito de tratados para la protección extranjera, ya que esta figura resulta novedosa para dicho régimen, que de por sí enfrenta importantes retos interpretativos, dada la vaguedad del lenguaje que expresa los estándares de protección. A este propósito José Manuel Álvarez y Diana María Beltrán (2021) indican que:

La interpretación en el derecho de las inversiones se enfrenta a dificultades adicionales, debido a la generalidad y vaguedad de varios de los estándares de protección y el alcance que se ha dado a los silencios (lagunas) que normalmente tienen los tratados, que, sumado al derecho aplicable, ha llevado a decisiones cuestionadas de varios tribunales arbitrales. (p. 97-98)

Varios autores se han pronunciado al respecto y exponen su propia perspectiva en la que consideran cómo las excepciones generales deberían ser interpretadas o aplicadas.

Andrew Newcombe (2008) ilustra tres posibles interpretaciones que podrían recibir las excepciones generales en materia de inversión extranjera. Primero, afirma que se podrían analizar en el sentido de que los Estados anfitriones cuenten con una mayor flexibilidad regulatoria a la hora de buscar objetivos legítimos, comprendidos en las excepciones generales. Segundo, precisa que las excepciones generales se podrían entender según las cláusulas interpretadas en la jurisprudencia de los APPRI, así habría una guía para que los árbitros puedan tomar decisiones más equilibradas. Tercero, se observa también una posible interpretación restrictiva donde no se brinda mayor flexibilidad a los Estados anfitriones, puesto que dichas cláusulas contienen listas taxativas de excepciones. Como se puede ver, se presentan los dos posibles extremos de

la interpretación, tanto una amplia como otra restringida de las cláusulas de excepciones generales. Con relación a su interpretación, el autor señala que, dada la situación de que un Estado necesite adoptar una medida de excepción general, aun estará ante la obligación de indemnizar a la otra parte, es decir, no excluye su responsabilidad internacional.

Por su parte, Andrés Felipe Esteban Tovar (2020) expresa que las “excepciones deberían interpretarse de manera restringida”. También, para Asif Qureshi (2015) la interpretación de las excepciones generales en los tratados internacionales es uno de los principales retos, pues no hay una entidad ni un consenso claro sobre esta problemática. Por ejemplo, Gabriele Gagliani (2015) considera que, en virtud del derecho internacional, las excepciones son justificaciones que, en determinadas condiciones, excluyen la responsabilidad de un Estado cuando de otro modo estaría implicado en la violación de una obligación internacional. No obstante, como se verá, en el caso Eco Oro, el tribunal llegó justamente a una conclusión contraria.

De esta manera, las discusiones doctrinarias sobre la interpretación de este tipo de excepciones no son resueltas en sede arbitral, sino, al contrario, perpetuadas.

## ii. Excepciones generales en el contexto del TLC entre Colombia y Canadá

Como se ha evidenciado, hay una tendencia creciente de acuerdos económicos internacionales que incluyen cláusulas de excepciones generales. Esto ocurre tanto en el contexto de los TLC que incluyen un capítulo para la protección de la inversión extranjera, como en el contexto de APPRI, pues se trata de tratados con una estructura y contenido de cláusulas bastante similares. En cuanto al contenido de los APPRI, Nicolás Palau van Hissenhoven (2020) manifiesta lo siguiente:

Su contenido conceptual actual es relativamente simple: (i) las disciplinas de un APPRI o estándares de trato buscan asegurar un nivel mínimo de protección a la inversión extranjera, con independencia de los cambios de régimen político y de gobierno. Y (ii), para asegurar la observancia de dichos estándares de trato, los estados acuerdan un mecanismo especial y autónomo de adjudicación: el arbitraje internacional de inversiones.

La gran mayoría de los APPRI tiene entonces estas dos partes fundamentales: (i) los estándares de trato y (ii) los mecanismos de solución de controversias. Ahora bien, esta relativa uniformidad de los APPRI hace que haya características generales pregonables del régimen en su conjunto, que lo distinguen de manera importante de otros regímenes de derecho internacional. (p.55)

Es posible pues observar que cada acuerdo forma un concepto individualizado del régimen autónomo, lo que dificulta el análisis comparativo ante las interpretaciones conflictivas de cláusulas similares o incluso idénticas. Esto conlleva a laudos contradictorios, o por lo menos inconsistentes, como también lo afirma Nicolás Palau van Hissenhoven (2020), debido a que:

[...] formalmente, el arbitraje internacional de inversiones no tiene jurisprudencia. Las decisiones arbitrales previas no son fuente de derecho para tribunales futuros. A lo sumo, son utilizadas posteriormente debido a su fuerza argumentativa o como

doctrina de internacionalistas reputados en el mejor de los casos. Pero, en la práctica, cada tribunal está básicamente constreñido solo por el texto del tratado que debe aplicar. Si a esto se le agrega la característica gris de sus textos, no resulta sorprendente que se conozcan laudos irreconciliables e incluso contradictorios frente a obligaciones de textos idénticas. (p. 58)

Por lo anterior, como se evidenció en la introducción, ha habido esfuerzos de reforma del régimen de inversión a la protección extranjera. El capítulo de protección a las inversiones del TLC entre Colombia y Canadá hace parte del universo de tratados reformados e incluye una cláusula de excepciones generales al estilo del GATT. El numeral 3 del artículo 2201, del Capítulo 22 del TLC, indica lo siguiente:

**Artículo 2201(3):** Para efectos del Capítulo 8 (Inversión); sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de una manera que constituya discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión, nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una parte adoptar o aplicar medidas necesarias:

- (a) Para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;
- (b) Para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con este Acuerdo; o
- (c) Para la conservación de recursos naturales agotables vivos o no vivos.

Adicionalmente, el mismo artículo incluye un numeral 4 que plantea una excepción para preservar el orden público, con una redacción parcialmente distinta, pues incluye una referencia expresa al capítulo que se refiere a la protección de la inversión extranjera del TLC. Esta diferencia hará parte de los argumentos de las partes de la controversia en sede arbitral:

Nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una parte adoptar o mantener medidas necesarias respecto de los nacionales de la otra parte encaminadas a preservar el orden público, sujeto al requerimiento de que tales medidas no sean aplicadas de manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable. Sin perjuicio de lo anterior, las partes entienden que los derechos y las obligaciones en virtud de este Acuerdo, en particular los derechos de los inversionistas de conformidad con el Capítulo 8 (Inversión), continúan siendo aplicables a tales medidas.

Ahora bien, puede ocurrir que las decisiones adoptadas por el Estado anfitrión, que puedan justificar que este invoque la excepción, impacten negativamente la inversión. Krista Nadakavukaren (2013) indica que, para el inversor, los problemas surgen normalmente en la fase de implementación de un proyecto de inversión ya establecido. Durante la etapa de implementación, entonces, el poder de negociación cambia a favor del gobierno anfitrión, puesto que en ese momento el inversionista es regulado por el Estado, quien podrá pues generar interferencias en las expectativas de desarrollo y ganancias de la inversión.

Propiamente, a la figura anterior se le conoce como *obsolescing bargain* o negociación obsoleta. Sauvan y Wells (2021) explican que, según este concepto, los inversores internacionales tienen más poder de negociación que el Estado, cuando los contratos se negocian inicialmente, porque los países anfitriones están ansiosos por atraerlos. Una vez que se realizan las inversiones, especialmente en recursos naturales e infraestructura, se cambian las posiciones y los países anfitriones fortalecen su posición de dominio. El trato original se volvería obsoleto después de haber invertido dinero en un proyecto, así los inversores tendrán que someterse a las condiciones del país anfitrión y su posición en la renegociación del trato sería débil.

Precisamente, esta es una de las situaciones que se presenta entre el Estado colombiano y la empresa privada Eco Oro, cuando las condiciones del contrato de concesión, celebrado entre las partes, cambian, debido a que se pretendía proteger un recurso natural del Estado anfitrión, acudiendo a la figura de las excepciones generales.

En consecuencia, se generó inseguridad jurídica para el inversor, lo que impulsó a la compañía Eco Oro a demandar al Estado colombiano ante el tribunal de arbitramento, aduciendo la violación del TLC.

## CAPÍTULO II

### i. Antecedentes sobre el marco normativo minero y ambiental de la inversión de Eco Oro

En 1994, la empresa canadiense Eco Oro Minerals Corp., antes conocida como Greystar Resources Ltd., invirtió en Colombia en el sector minero. De acuerdo con el Decreto 2655 de 1988, el Código de Minas de época, otorgó el Permiso 3452 de 1994, que facultó a la empresa canadiense a explorar y explotar recursos minerales en un área de 250 hectáreas, localizadas en el Municipio de Vetas - California, en el departamento de Santander. Asimismo, en este espacio se encuentra el páramo de Santurbán, ubicado, entre Norte de Santander y Santander.

La Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga (CDMB) “[...] es una entidad de carácter público que tiene como finalidad observar, administrar, disponer y aprovechar el manejo de los recursos naturales, a lo largo de su área de jurisdicción aplicando las disposiciones legales vigentes” (como se citó en Ochoa, 2018. p. 17). Esta entidad se creó en 1965 y tiene jurisdicción en Vetas y California, municipios en los cuales se realizó la actividad minera por parte de la empresa canadiense. En 1997, la CDMB aprobó el plan de manejo ambiental presentado por Eco Oro con relación a la exploración de oro y plata facultadas en el Permiso 3452.

Con la llegada de la Ley 685 de 2001, se expidió el Código de Minas y se derogó el Decreto 2655 de 1988. Uno de los grandes cambios que trajo este código fue la unificación de los contratos de concesión minera, donde en un solo contrato se otorgan las facultades a la concesionaria para explorar y explotar, esta última sujeta al otorgamiento de una licencia ambiental, diferenciándose del Decreto 2655 de 1988. Es decir, con la Ley 685 de 2001, en un mismo contrato de concesión se incluyen las etapas de exploración, construcción, montaje y explotación; mientras que con el Decreto 2655 de 1988, se otorgaban los títulos, dependiendo del resultado de la etapa anterior. Otra novedad del nuevo Código de Minas es la duración del contrato de concesión, el cual puede otorgarse hasta por 30 años, prorrogables por otro periodo igual. Además, esta Ley establece la aplicación de las leyes vigentes en el momento de otorgamiento del título, pero también la posibilidad de que al concesionario le apliquen normas posteriores más favorables. A continuación, se reproduce parte de esta normativa:

**Artículo 46:** Al contrato de concesión le serán aplicables durante el término de su ejecución y durante sus prórrogas, las leyes mineras vigentes al tiempo de su perfeccionamiento, sin excepción o salvedad alguna. Si dichas leyes fueren modificadas o adicionadas con posterioridad, al concesionario le serán aplicables estas últimas en cuanto amplíen, confirmen o mejoren sus prerrogativas exceptuando aquellas que prevean modificaciones de las contraprestaciones económicas previstas en favor del Estado o de las de Entidades Territoriales.

Tras la expedición del nuevo Código de Minas, la empresa Eco Oro expresó su deseo de integrar sus títulos mineros bajo un solo contrato de concesión. Así, el 8 de febrero de

2007, se firma el Contrato de concesión 3452 con el Instituto Colombiano de Geología y Minería (INGEOMINAS) lo que ahora se conoce como la Agencia Nacional de Minería (ANM). Esta concesión fue otorgada por 20 años, es decir hasta 2027, con la posibilidad de prorrogarla por 30 años más.

En el 2010 “el Congreso en su agenda legislativa planteó la exclusión de los ecosistemas de páramo de la actividad minera. La Ley 1382 de 2010 fue el primer instrumento legal que buscó restringir las actividades mineras en este tipo de ecosistemas” (Castillo, 2020. p. 255). No obstante, la Corte Constitucional, en la sentencia C-366 de 2011, la declaró inexecutable ya que no contaba con el trámite de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Esta Ley era una nueva regulación integral minera, que buscaba implementar el nuevo Código de Minas. Es importante recalcar que la Ley quedó inexecutable condicionalmente, puesto que, la Corte Constitucional invitó al Gobierno y al Congreso de la República a reformar el Código de Minas, haciendo énfasis en la importancia de cumplir con el requisito previo de consultar a las comunidades indígenas y afrodescendientes. A continuación, reproducimos parte de esta:

Es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexecutable por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno.

En el 2011 se presentaron diferentes normas que prohibían la exploración y explotación de minerales en los ecosistemas de páramos, empezando con la Ley 1450 de 2011, también conocida como el Plan Nacional de Desarrollo 2010 -2014. El párrafo primero del artículo 202 menciona que “en los ecosistemas de páramos no se podrán adelantar actividades agropecuarias, ni de exploración o explotación de hidrocarburos y minerales, ni construcción de refinerías de hidrocarburos [...]”. Adicionalmente, esta Ley exigió la delimitación de los ecosistemas de páramos y humedales a una escala de 125.000 que sería 10 veces más detallado que el Páramo Atlas de 2007.<sup>5</sup>

A partir de dicho marco normativo, el Ministerio de Medio Ambiente y Vivienda expidió la Resolución 1015 del 31 de mayo de 2011, en la cual le niega la licencia ambiental global solicitada en ese entonces por Greystar Resources para la explotación de minerales, de acuerdo con el Contrato de concesión minera 3452. El Ministerio de Medio Ambiente y Vivienda “adujo que el 80.6 % del área que se iba a intervenir para el desarrollo del proyecto debía ser considerada como área de exclusión” (como se citó en Castillo, 2020). Por lo tanto, la empresa canadiense decidió interponer un recurso de reposición y, en la Resolución 35 del 31 de octubre de 2011, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) confirmó la decisión tomada por parte del Ministerio, con la corrección de que el área de exclusión sería de un 72.1% y no de un 80,6%.

El TLC entre Colombia y Canadá entró en vigor el 15 de agosto de 2011, por consiguiente, esta última Resolución proferida por la ANLA se dio en vigencia del TLC.

---

<sup>5</sup> En el 2007 se publicó un mapa más detallado que el de 1998. Para este se usó una escala de 1:250,000.36, si significaba más precisión respecto del de 1998, pero seguía siendo más impreciso, allí no quedaba del todo claro si el proyecto Angostura se superponía o se encontraba en el páramo de Santurbán.

En septiembre de 2012, la Agencia Nacional de Minería le ordenó a Eco Oro suspender temporalmente todas las actividades mineras en las áreas identificadas como ecosistemas de páramo, según el Páramo Atlas 2007, hasta tanto se establecieran los límites del ecosistema, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. De manera continua el gobierno siguió incumpliendo con las fechas propuestas para terminar de delimitar el ecosistema del páramo, a tal punto que, en el 2013, la Fiscalía General de la Nación le indicó al Ministerio de Minas, Ministerio de Medio Ambiente y a la Agencia Nacional de Minería que este caso estaba promoviendo y demostrando mucha inseguridad jurídica. Adicionalmente esta entidad recomendó tres cosas: primero, que las decisiones adoptadas fueran basadas en estudios rigurosos y no en ideologías; segundo, que hubiera mayor transparencia en la delimitación; y, tercero, que el gobierno respetara los derechos existentes y adquiridos para no hacer responsable al Estado colombiano.

Mediante la Resolución 2090 del 19 de diciembre de 2014, el Ministerio de Medio Ambiente publicó los límites del ecosistema del páramo de Santurbán, tras dos años de suspensión del proyecto minero. La Resolución 2090 estableció las coordenadas de tres áreas dentro del mismo: (i) “Áreas de preservación”, las cuales deben permanecer protegidas de la actividad humana; (ii) “Áreas de restauración”, que han sido alteradas por la actividad humana y deben ser restauradas; y (iii) “Áreas de uso sostenible”, en las cuales se pueden realizar actividades productivas.

Respecto del proyecto Angostura, aproximadamente el 50,7% se encontraba en el área de preservación; mientras que un 3,9% en el área de restauración, y el yacimiento de Angostura, un 49% se encontraba debajo del área de preservación y un 16% debajo del área de restauración. Sin embargo, el artículo 5 de la Resolución 2090 respetó los derechos adquiridos con anterioridad a la aprobación de la Ley 1382 de 2010; es decir, que todo contrato de concesión minera que se hubiese celebrado antes del 9 de febrero de 2010 podía seguir operando hasta su finalización, pero sin posibilidad de prorrogarlo y con la salvedad de que estaría sujeto a una estricta supervisión ambiental.

En el 2015, se expidió la Ley 1753 de 2015 que sería el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. La nueva Ley buscaba “armonizar la protección del medio ambiente y el deber constitucional de garantizar y proteger los derechos económicos adquiridos por particulares.” (Castillo, 2020, p. 257). Esta Ley confirmó que el proyecto Angostura podía continuar, puesto que, en el párrafo primero del artículo 173, consagró que los contratos de concesión, las licencias y los títulos mineros otorgados antes del 9 de febrero de 2010, podrían continuar con sus actividades, igualmente sin la posibilidad de prorrogar el contrato y con un mayor control y supervisión para evitar daños irreversibles o un perjuicio irremediable.

En febrero de 2016 la Corte Constitucional en la Sentencia C-035 de 2016 declaró inexecutable varios artículos de la Ley 1753 de 2015, entre estos el párrafo primero del artículo 173, por no brindarle suficiente protección ambiental al ecosistema de los páramos debido a que:

[...] el Ministerio de Ambiente debe preferir siempre el criterio de delimitación que provea el mayor grado de protección del ecosistema de páramo, puesto que de ello depende la eficacia de un derecho fundamental, y en particular, las garantías de calidad, continuidad y acceso al agua.

Sin embargo, esta sentencia fue muy controversial, pues no hablaba específicamente de Eco Oro, sino en general de todos los proyectos que se estaban ejecutando en los páramos de Colombia, lo que generó inseguridad jurídica. Diferentes entidades como la ANLA y el Ministerio de Ambiente le solicitaron a la Corte Constitucional aclarar varios puntos y la alta Corte no aceptó esa petición.

Tras la sentencia C-035 de 2016, la ANLA, por medio de la Resolución VCS 829 de 2016 solo autorizó la fase de exploración del contrato de concesión 3452 en áreas no restringidas de actividad minera, las cuales fueron delimitadas en la Resolución 2090 de 2014, que dejó el 50,7% del área de concesión como un área de reserva.

Luego de las circunstancias expuestas, el 7 de marzo de 2016 Eco Oro notificó al presidente de la República de Colombia, Juan Manuel Santos, su intención de llevar la disputa a un arbitraje internacional, de conformidad con el artículo 821 (2) (c) del TLC entre Colombia y Canadá.

## ii. Notificación de arbitraje y violación del estándar de trato mínimo

De este modo, la empresa canadiense Eco Oro decidió interponer una solicitud de arbitramento en diciembre de 2016. La compañía canadiense alegó que Colombia incumplió con sus obligaciones expresadas en el artículo 811 del TLC, argumentando que se había realizado una expropiación indirecta sobre los derechos de su inversión; igualmente, consideró que se había violado el artículo 805 del TLC, que consagra el estándar de trato mínimo. Con esta solicitud, Eco Oro pretendió la completa reparación por los daños causados, reflejados en la destrucción de su inversión en Colombia.

Por su parte, Colombia respondió a la solicitud pidiéndole respetuosamente al Tribunal de arbitramento que no procediera con las peticiones de la compañía, en vista de que no había evidencia de que le atribuyera la responsabilidad al Estado colombiano bajo el TLC; por consiguiente, que los artículos referidos no habían sido incumplidos y en consonancia al Estado no le correspondía responder por pérdidas de la empresa canadiense.

Si bien el tribunal no encontró una violación a la expropiación indirecta, sí encontró violación del estándar mínimo de trato, al que se refiere el artículo 805 del TLC. La empresa canadiense argumentó una violación por parte de Colombia de este estándar, en vista de que como Estado anfitrión había incumplido con las expectativas legítimas de Eco Oro de explorar y explotar la totalidad de la Concesión 3452. La compañía declaró además que recibió el aliento de Colombia durante más de 20 años y que sus derechos eran legítimos, porque se basaban en garantías o declaraciones explícitas e implícitas. Igualmente, según el inversionista, Colombia no había actuado de buena fe, lo cual también violaba estándares al considerar su conducta como arbitraria, caprichosa y desproporcionada.

Por otro lado, el Estado colombiano manifestó a este respecto que no hubo violación estándar alguno, porque no ofreció a la empresa ninguna garantía concreta o inequívoca para explotar. De ahí que, las expectativas de Eco Oro no eran legítimas, y no se podían frustrar. Del mismo modo, Colombia afirmó que tenía el derecho de no garantizar



incondicionalmente los intereses de esta empresa por encima del bienestar del ecosistema del páramo, lo que no era irracional ni tampoco constituía mala fe.

Según el Tribunal, la obligación de Colombia, en virtud del artículo 805, consistía en asegurar un tratamiento que cumpliera con los niveles exigidos por el derecho internacional consuetudinario y el estándar de trato justo y equitativo. Es importante mencionar que esta posición fue cuestionada en sede de salvamento de voto en la parte del laudo, a cargo del profesor Philippe Sands, quien planteó la diferencia entre el estándar de trato mínimo y trato justo y equitativo, debido a que en el primero no se incluyen las expectativas legítimas por las cuales se determinó la violación del Estado. Sin embargo, la mayoría del Tribunal encontró que el principio apropiado al caso consistía más bien en el trato justo y equitativo como parte del estándar mínimo y, consecuentemente, falló según su concepto.

Ahora bien, al considerar las expectativas legítimas de Eco Oro, el Tribunal también tuvo en cuenta el objeto y el propósito del TLC, bajo el cual estimó que el país estaba obligado a garantizar un entorno empresarial predecible. De hecho, la previsibilidad era esencial para que un inversor pudiera planificar adecuadamente su estrategia empresarial y garantizar el cumplimiento de las normas y reglamentos que regirían su negocio. Si bien el mismo Tribunal encontró que Eco Oro no tenía derecho a ninguna garantía de éxito, debido a que la minería es intrínsecamente incierta y, dada la naturaleza y la ubicación del proyecto, debió haber podido prever que inevitablemente se enfrentaría a importantes desafíos al intentar explorar y explotar con éxito la zona de la concesión. Consideró además que tales desafíos anticipados estarían relacionados con la naturaleza del proyecto en sí y no con las acciones de Colombia.

Por consiguiente, la mayoría del Tribunal consideró que Eco Oro, en efecto, tenía expectativas legítimas y que, por tanto, se había violado el estándar mínimo de trato. Seguidamente, las partes del litigio, pero también Canadá como parte no interviniente, debatieron qué alcance darles a las excepciones generales ambientales, previstas en el Artículo 2201(3) del TLC.

### iii. Interpretación de las excepciones generales para la protección del medio ambiente en el contexto del TLC entre Colombia y Canadá

#### 1. Interpretación del Estado colombiano

En primer lugar, Colombia defendió su posición al expresar que el artículo 2201(3) del TLC debió entenderse en el sentido de que nada en el Acuerdo debía interpretarse como una restricción de la capacidad de las partes para adoptar medidas necesarias y proteger algún interés previsto en las disposiciones del artículo. Sobre esta base, le atribuyó los siguientes alcances a la cláusula:

La interpretó en el sentido de excluir la jurisdicción del tribunal. En efecto, afirmó que no consintió en arbitrar controversias relacionadas con tales medidas, ya que el consentimiento de Colombia al arbitraje, establecido en el artículo 823, solo se extendía a los incumplimientos de obligaciones previstas en el Capítulo 8 del TLC, del cual, las

medidas ambientales eran excluidas en su totalidad. Según Colombia, no era sorprendente que no se hiciera referencia a la exclusión más específica, prevista en el artículo 837<sup>6</sup>, y relacionada con las exclusiones a las disposiciones de solución de controversias.

Así, el Estado anfitrión reiteró que las partes no habían consentido resolver mediante arbitraje las reclamaciones relativas a medidas que quedaban por fuera del ámbito de aplicación del Capítulo 8 y, en consecuencia, el Tribunal no tenía jurisdicción para pronunciarse sobre estas medidas. Por ende, si se excluía la jurisdicción del Tribunal sobre las excepciones generales, no había lugar a hablar de violación del TLC, así como no hubiera sido coherente discutir una indemnización.

La parte demandada fundamentó este argumento, haciendo referencia al Anexo 811(b)<sup>7</sup> del TLC, en el que se aclara el alcance de la expropiación indirecta, al indicar que las medidas para la protección del medio ambiente no constituyen expropiación indirecta, en otras palabras, que no había violación del TLC ni indemnización. De este modo, Colombia pretendió así importar este análisis al marco de la figura de las excepciones generales en las inversiones extranjeras y entender que, cuando se persigue un interés social, como el medio ambiente, están excluidas compensaciones en el marco de una posible expropiación indirecta. Además, sería lógico entender que la indemnización debía excluirse en el caso de que prosperara una excepción general, como en este caso concreto, al cumplir con los requisitos necesarios de buena fe y de no discriminación.

En segundo lugar, Colombia afirmó que el artículo 2201(3) debía interpretarse de manera compatible con el artículo XX del GATT, que estaba redactado en términos similares. Al referirse al GATT, esto implica afirmar que, ante la presencia de una excepción general, queda excluida la ilicitud y, por lo tanto, la responsabilidad internacional. En consecuencia, si se pensó en importar la figura de las excepciones generales al régimen de inversiones, era sensato determinar que el efecto debía ser el mismo, al excluir la ilicitud y con ella, la indemnización.

En tercer lugar, en relación con el argumento del inversionista, Colombia afirmó que la segunda frase del Artículo 2201(4) del TLC no aparecía en ninguno de los tratados que dieron lugar a las disputas que se presentaron en *Bear Creek* (el TLC Canadá-Perú) o en

---

<sup>6</sup> **Artículo 837 – Exclusiones:** Las disposiciones de solución de controversias de esta Sección y del Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias) no se aplicarán a los asuntos mencionados en el Anexo 837.

**Anexo 837 – Exclusiones de la solución de controversias:**

1. Una decisión de Canadá como resultado de una revisión de conformidad con la “Investment Canada Act” (1985, c. 28, 1st supp.), respecto a permitir o no permitir una adquisición que esté sujeta a revisión, no estará sujeta a las disposiciones sobre solución de controversias de la Sección B de este Capítulo o del Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias).
2. Una decisión de una parte de prohibir o restringir la adquisición de una inversión en su territorio por un inversionista de la otra parte, o su inversión, de conformidad con el Artículo 2202 (Excepciones – Seguridad Nacional) no estará sujeta a las disposiciones sobre solución de controversias de la Sección B de este Capítulo o del Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias).
3. El Artículo 815 no estará sujeto a las disposiciones sobre solución de controversias de la Sección B de este Capítulo o del Capítulo Veintiuno (Solución de Controversias).

<sup>7</sup> **Anexo 811 (b):** Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo, la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta.

*Infinito* (el TLC Canadá-Costa Rica), citados por Eco Oro para apoyar su interpretación del artículo 2201(3). Por lo tanto, *Bear Creek* e *Infinito* eran claramente distinguibles solo sobre esta base y no podía traerse a colación para la interpretación del Tribunal el artículo 2201(3). Es decir que debía interpretarse en sus propios términos, a la luz de su objeto y propósito particulares y de todos los demás principios importantes para la interpretación de los tratados internacionales.

En conclusión, el alcance atribuido por Colombia a la cláusula de excepciones generales implicaba excluir la jurisdicción del tribunal y, subsidiariamente, excluir todo tipo de indemnización pues la excepción excluiría cualquier violación del TLC; luego, no habría lugar a debatir si había o no posibilidades de compensación, puesto que habría sido incoherente.

## 2. Interpretación del inversionista

La empresa canadiense Eco Oro argumentó que, según el artículo 2201(3), nada en el Acuerdo debió ser interpretado para impedir que una de las partes adoptara medidas para cumplir con sus obligaciones o propósitos enunciados en los literales. En este sentido, indicó que el artículo era explícito y específico, de manera que se entendía que no impedía el pago de indemnizaciones. Afirmó además que el pago de la indemnización no impedía la adopción de medidas para la protección del medio ambiente, simplemente trataba las consecuencias de aquella; luego, dichas consecuencias no estaban excluidas en el supuesto caso de que la excepción prosperara.

El demandante fundamentó su razonamiento al aludir a las normas del derecho internacional general, particularmente a la responsabilidad internacional del Estado. Hizo referencia a que, bajo este concepto, el pago de una indemnización como resultado de un suceso internacionalmente ilícito, como una violación del TLC, era una regla supletoria en el derecho internacional, según se indicaba en los artículos 27(b) y 36(1)<sup>8</sup> del Proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. De ahí que fuera innecesario que el artículo declarara expresamente la obligación de compensar, debido a que la regla general ya contemplaba esa consecuencia y que, al contrario, se requeriría de un texto explícito e inequívoco para restringir la obligación de un Estado de pagar una indemnización.

Asimismo, la empresa canadiense argumentó que el artículo 2201(3) sí aplicaba específicamente al Capítulo 8, valiéndose de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)<sup>9</sup> que versan sobre la interpretación de estos. Se

---

<sup>8</sup> **Artículo 27 – Consecuencias de invocar una circunstancia que excluye la ilicitud:** La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud de conformidad con este capítulo se entiende sin perjuicio de:  
[...]

(b) la cuestión de la indemnización por cualquier pérdida material causada por el hecho en cuestión.

### **Artículo 36 - Indemnización**

1. El Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito tiene la obligación de indemnizar por los daños causados por él, en la medida en que dicho daño no se subsane mediante la restitución."

<sup>9</sup> Acrónimo en inglés: VCLT

puso por caso el artículo 834(2)(b)<sup>10</sup> del mismo Capítulo 8, que, en relación con las medidas cautelares de protección y laudo definitivo, permite que un Tribunal otorgue restitución, la cual podía implicar entonces lo que el artículo 2201(3) prohíbe expresamente. Anotó además que no era correcto que el artículo 2201(3) separara las medidas ambientales del ámbito del Capítulo 8 debido a que, si lo hubiera hecho, no habría sido necesario referirse a ellas en el mismo.

Adicionalmente, el inversionista también se sirvió del Anexo 811(2)(b), referente a la expropiación indirecta, en el sentido de indicar que, según este, en circunstancias extraordinarias, las medidas ambientales podían equivaler a una expropiación indirecta, luego, sí estaban incluidas en este Capítulo 8. Adicionalmente, el artículo 807(2)<sup>11</sup>, que establece que las medidas medioambientales pueden ser requisitos de desempeño, no incompatibles con el acuerdo; si ellas hubieran estado excluidas en su totalidad del Capítulo 8, no habría sido necesaria la aclaración. En suma, según el inversionista, si el Capítulo 8 hubiera querido excluir las medidas medioambientales, estas disposiciones simplemente no aparecerían, indicando con ello que las excepciones generales del medio ambiente en el fondo sí aplicaban al Capítulo de inversiones.

De igual importancia fue para el inversionista hacer referencia al artículo 2201(3) al señalar que la segunda frase de este establecía específicamente que una medida medioambiental seguiría estando sujeta a las protecciones de inversión ofrecidas en los artículos 803 y 804, los cuales se refieren a las garantías de trato nacional y trato de nación desfavorecida, respectivamente. En consecuencia, el inversionista manifestó que tales medidas efectivamente hacían parte de la jurisdicción del Tribunal, que tenía la competencia para pronunciarse sobre ellas en este caso.

Igualmente, Eco Oro hizo evidente la ausencia de mención de medidas ambientales en el artículo 837, el cual abarca las cuestiones excluidas de las disposiciones de solución de diferencias del Capítulo 8. Una observación que hizo el inversionista al respecto es que las medidas ambientales no estaban incluidas en la lista del artículo 837, que tampoco hace referencia a las medidas del artículo 2201(3). Adicional a lo anterior, la empresa canadiense señaló que el artículo 2202 del TLC, en parte tenía la misma forma del artículo 2201(3) y contenía una excepción para el caso de la seguridad nacional, que se menciona explícitamente en las excepciones contenidas en el artículo 837; de ahí que, si se hubiera deseado excluir las excepciones ambientales del Capítulo 8, se hubieran hecho explícitas como en el artículo anterior.

Por otra parte, la empresa Eco Oro indicó que el artículo XX del GATT sólo se aplicaría a los Capítulos 2 a 7, referentes a comercio. Por lo tanto, no arrojaría luz alguna sobre la interpretación del artículo 2201(3); luego, una decisión dictada de conformidad

---

<sup>10</sup> **Artículo 834 – Medidas cautelares de protección y laudo definitivo:** Cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a la parte contendiente, el Tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente:

(b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo establecerá que la parte contendiente pueda pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución.

<sup>11</sup> **Artículo 807(2) – Requisitos de desempeño**

Una medida que requiera a una inversión el uso de una tecnología para cumplir requisitos generalmente aplicables en salud, seguridad o ambientales no debe ser interpretada en el sentido de ser incompatible con el subpárrafo 1(f). Para mayor certeza, los Artículos 803 y 804 se aplican a la medida.

con el artículo XX del GATT, hubiera sido inapropiada. Es decir, para el inversionista era claro que el efecto de la aplicación del artículo XX del GATT en el ámbito del comercio internacional, constituía una exclusión de la ilicitud. Así, para el demandante, en el contexto de la inversión extranjera, el efecto de una excepción general no podría ser el mismo: el Estado sí podía adoptar la medida de protección ambiental, aunque eso no lo eximiría de la violación y, en consecuencia, de la necesidad de compensar.

El inversionista apoyó igualmente su interpretación en los fallos de *Bear Creek e Infinito*, en los cuales se describían situaciones similares a la controversia. El tribunal de *Bear Creek* consideró una disposición semejante al artículo 2201(3), al concluir que no podía interpretarse en el sentido de eximir a Perú de la responsabilidad de indemnizar al inversionista por incumplimiento de una disposición del TLC Canadá-Perú. En ese contexto, el tribunal afirmó que, dada la excepción del Tratado, no ofrecía ninguna exención de la obligación de compensar la expropiación y el demandante tampoco había explicado por qué era necesaria para la protección de la vida humana no ofrecer indemnización al demandante por la derogación de la ley, esta última debía ser pagada al inversionista.

En suma, la interpretación que propuso Eco Oro sugiere que el Tribunal, en efecto, sí tenía jurisdicción para decidir sobre las excepciones generales ambientales ya que estas sí aplicaban al Capítulo de inversiones del TLC. Por lo tanto, ante cualquier incumplimiento de una obligación, así aplicara una excepción, habría lugar a compensación. Luego, al haberse presentado una violación de las obligaciones por parte del Estado colombiano, dado que este había decidido adoptar medidas para proteger el medio ambiente, y en vista de que su aplicación no excluía el ilícito, sí había lugar a una reparación económica para el inversionista.

Ahora bien, la interpretación propuesta por la empresa canadiense parece restar toda consecuencia a la aplicación de las excepciones generales, en vista de que esta no excluye la obligación de resarcir económicamente a la otra parte puesto que no excluye la ilicitud. Es decir, que con o sin la excepción, estaríamos frente al mismo incumplimiento. No obstante, es posible suponer que, aunque no se tiene certeza al respecto debido a que aún no se conoce la respuesta del Tribunal en torno a la cuantificación del valor a indemnizar, se tenga en consideración la excepción general ambiental al momento de calcular el monto de la compensación, y que esta resulte reducida en algún porcentaje. Ahora es cuestión de esperar por la decisión sobre el *quantum* y ver cómo la determina el Tribunal de arbitramento.

### 3. Interpretación de Canadá

En tercer lugar, Canadá dio a conocer su perspectiva sobre el artículo 2201(3) como parte no litigante, al exponer que las excepciones generales son habituales y estándares en los acuerdos comerciales canadienses, así como también el lenguaje que se emplea en general es similar. El Estado canadiense aclaró que ese concepto les permitía a los Estados diferenciar entre inversiones, sobre la base de una amplia gama de objetivos políticos sin violar la obligación de trato nacional; es decir que las acciones reglamentarias legítimas rara vez tendrían que ser justificadas con la excepción general del artículo 2201(3), debido

a que estas no constituyen un incumplimiento. Con esto, se referían a que las excepciones generales operan como una red de seguridad para proteger el ejercicio regulatorio del Estado en pro de proteger intereses legítimos identificados en las excepciones.

Al respecto, el Estado canadiense señaló que estas excepciones solo aplican una vez se haya determinado la violación de una obligación en el Capítulo 8, por lo que se distancia de Colombia en el sentido de afirmar que las excepciones aplican justamente a dicho capítulo. Además, la medida debe cumplir con las siguientes condiciones: (i) no aplicarse de manera que constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre inversiones o entre inversores, o una restricción encubierta del comercio o la inversión internacional; (ii) se refiera a uno de los objetivos de política establecidos en los párrafos (a) - (c) (en los que se incluye la protección del medio ambiente); y (iii) que sea necesario para lograr estos objetivos. En caso de que se aplicara la excepción general, no podría haber violación del TLC y, por lo tanto, no habría responsabilidad del Estado ni se requeriría del pago de una indemnización.

Es importante afirmar que Canadá indicó que cada subpárrafo del artículo 2201 debía ser interpretado de forma autónoma. Igualmente, confirmó que el artículo 2201(3) solo se aplica después de la determinación de una violación de una obligación en el Capítulo 8; esto presupone que un Tribunal, constituido bajo este Capítulo, tendría jurisdicción para recibir demandas basadas, entre otras cosas, en medidas ambientales.

En general, la interpretación de Canadá proyectó que el Tribunal tenía jurisdicción para resolver la controversia debido a que las excepciones generales ambientales sí aplicaban al Capítulo 8 del TLC. El efecto de estas excepciones es la exclusión del ilícito, y con este la posibilidad de una indemnización, con el fin de proteger el interés regulatorio del Estado para tutelar los objetivos legítimos que ampara la excepción. Igualmente, el Estado canadiense insistió en que se debe guardar la salvedad de que se corrobore la existencia de una violación del acuerdo para que la figura prospere.

#### 4. Interpretación y decisión del tribunal de arbitramento

Por último, el Tribunal se dispuso a evaluar su jurisdicción sobre la figura de las excepciones generales e interpretó el artículo 2201(3) de acuerdo con su sentir y de conformidad con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). El Tribunal expuso que el título del artículo 2201 se dedica a las excepciones generales y el artículo 2201(3) comienza con la expresión "a los efectos del Capítulo 8 [...]". Por tal razón, el Tribunal encontró dificultades para interpretar el artículo 2201(3) como si este se refiriera a la exclusión total de su aplicación al Capítulo 8, en lugar de interpretarlo como aplicable cuando el Capítulo de inversiones estuviera involucrado.

Asimismo, el Tribunal manifestó que el hecho de que haya una descripción detallada de la finalidad específica y la necesidad de las medidas medioambientales previstas en el artículo 2201(3), era incompatible con la interpretación que implica la exclusión de la aplicabilidad del Capítulo de inversiones. Por consiguiente, el análisis del Tribunal se apoyó en la argumentación brindada por Canadá, bajo la cual las excepciones ambientales aplican una vez se haya determinado la violación de una obligación, según el Capítulo 8. De igual manera, se rechazó la proposición interpretativa de Colombia y se encontró que

las excepciones generales sí aplicaban al Capítulo 8, de ahí que el Tribunal sí tenía jurisdicción *ratione materiae*.

De esta forma, el Tribunal aludió al preámbulo del TLC y detalló, entre otras cosas, que su objetivo y propósito era asegurar un marco comercial predecible para la planificación empresarial y la inversión de una manera compatible con la protección y conservación del medio ambiente. Además, expuso la determinación del sentido ordinario del artículo 2201(3) al afirmar que, ni la protección del medio ambiente ni la protección de la inversión estaba subordinada a la otra, que ambas debían coexistir de manera mutuamente beneficiosa.

De acuerdo con el contexto del objetivo y propósito del TLC, el Tribunal interpretó el artículo 2201(3) como permisivo, al asegurar que una parte no tenía prohibido adoptar o hacer cumplir una medida para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, siempre que dichas medidas no fueran arbitrarias o injustificadamente discriminatorias entre inversiones, inversores o una restricción encubierta del comercio. Dicha construcción fue consistente con el objetivo del TLC de protección al medio ambiente, amparado en el artículo 834(2)(b). Sin embargo, no había ninguna disposición en el artículo 2201(3) que permitiera la adopción de tales medidas sin el pago de una indemnización y, en vista de que el TLC era igualmente favorable a la protección de la inversión, si las partes hubieran tenido la intención de que la aplicación de la medida excluyera la compensación, el artículo habría sido redactado en términos similares a los del Anexo 811(2)(b), es decir, haciendo explícito que la adopción de tal medida no daría lugar a ningún derecho a reclamar una indemnización con arreglo al Capítulo 8.

En este sentido, el Tribunal señaló que el artículo 2201(3) no se refería a una posible reclamación por incumplimiento del TLC. Es más, dado que las partes redactaron otras disposiciones para incluir una estipulación expresa sobre las circunstancias en las que una medida no debía constituir una violación, como el Anexo 811(2)(b), el Tribunal no vio creíble que las partes hubieran dejado implícita una disposición tan importante como la de excluir la responsabilidad de compensar al considerar el funcionamiento del artículo. Por lo tanto, el Tribunal interpretó el artículo 2201(3) de tal manera que mientras un Estado podía adoptar o ejecutar una medida, de conformidad con los objetivos establecidos en el artículo 2201(3), sin encontrarse en violación del TLC. Es decir, que esto no impedía que un inversor alegara en virtud del Capítulo 8 que tal medida le daría el derecho al pago de una reparación económica.

El Tribunal vio reforzada su interpretación con el título del artículo 2201, “Excepciones generales” y con el hecho de que expresamente se refiriera a ser una excepción aplicable al Capítulo 8. De acuerdo con el Tribunal, esto significaba que había disposiciones relacionadas con la medida, aplicables en dicho capítulo, de tal manera que debía contemplarse la posibilidad en la que un inversor necesitara recurrir al arbitraje en una situación en la que se viera involucrada una excepción contemplada en el artículo 2201(3), la cual solo podría consistir en reclamar una indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de la adopción de dicha figura. Igualmente, el Tribunal apoyó su análisis con la decisión tomada en el caso *Bear Creek*, que consideró una situación similar.

Por otro lado, el Tribunal nuevamente se refirió a la apreciación emitida por Canadá y afirmó que, a pesar de que se aceptó que no se podía prohibir al Estado adoptar o ejecutar una medida ambiental de conformidad con el artículo 2201(3), no era posible conceder que en tales circunstancias no se requiriera el pago de compensación. Lo anterior no concuerda con el significado ordinario del artículo cuando se interpretó en el contexto del TLC en su conjunto, particularmente en el contexto del Capítulo de inversiones. En consecuencia, el Tribunal no encontró que el artículo 2201(3) operara para excluir la responsabilidad de Colombia de pagar la compensación; luego, le ordenó al Estado colombiano indemnizar al inversionista Eco Oro por los daños sufridos a causa de la infracción del artículo 805 del TLC. El Tribunal aún debe pronunciarse al respecto para determinar el monto a pagar.

En síntesis, de conformidad con la interpretación, se concluye que para el Tribunal las excepciones sí aplican al Capítulo 8, aun cuando excluyen la ilicitud, requieren que se compense la medida.



### CAPÍTULO III

Lo expuesto nos indica cómo, en el contexto de una controversia surgida en el seno de un tratado específico, todas las partes -contendientes y no contendientes- y finalmente el Tribunal de Arbitramento, pueden llegar a resultados distintos cuando interpretan las excepciones generales ambientales. Resulta pues importante que las partes practiquen una redacción minuciosa y clara sobre las disposiciones que van a regir acuerdos internacionales, especialmente las que van a regular la aplicación de una figura específica. Se recomienda entonces que estas estipulaciones sean lo más precisas posibles, de acuerdo con los intereses de las partes y, con base en la problemática que pueda presentarse, establecer de manera explícita las posibles consecuencias relacionadas con su aplicación.

Tampoco sería necesario que las partes acordaran una solución para cada situación que se pudiera presentar debido a que, primero, se convertiría en una lista demasiado exhaustiva y; segundo, esta lista podría ser inútil, puesto que no es posible prever cada escenario que se pudiera presentar. Son circunstancias sobre las cuales no se tiene control y el contenido del texto no sería suficiente para resolver todas las disputas, sobre las que aún no se tiene conocimiento o si realmente van a ocurrir. Lo que sí se puede precisar, son los efectos y los alcances de dicha excepción: si excluyen o no el ilícito de la actuación estatal; si conllevan exclusiones de obligaciones a compensar.

Lo que se desprende de la argumentación, tanto del demandante como del inversionista, es la importancia de hacer explícitos los efectos, dado el particular contexto de estos tratados, que persiguen la protección de la inversión extranjera.

En este sentido y en el caso concreto de las disposiciones del TLC entre Colombia y Canadá, y ante lo agudo de que se presente una disputa cuya solución definitivamente no esté contemplada en el acuerdo, se les recomienda a las partes acudir a la Comisión Conjunta para que esta brinde apoyo y provea posibilidades para resolver inconvenientes entre las partes antes de acudir a un centro de arbitramento.

En los APPRI las partes pueden crear órganos como comisiones o comités a nivel ministerial, que se conocen en el mundo anglosajón como *treaty bodies* (Chow, Quah y Jingtong, 2020). Estos están facultados, tanto como las partes quieran, para supervisar, evaluar, aprobar, buscar, decidir, interpretar o fomentar cláusulas, actividades o disposiciones que se pacten en los APPRI.

Frente a la facultad que las partes le pueden otorgar a este tipo de órganos, se encuentra la de elaborar una interpretación conjunta de las disposiciones del tratado. Según Chow, Quah y Jingtong (2020) es raro encontrar estas interpretaciones, pero se ven con frecuencia en los tratados multilaterales, en gran parte por la necesidad de una coordinación más eficiente entre las distintas partes del APPRI.

Entre los órganos que contempla el TLC, uno de ellos se encarga de la administración del acuerdo, integrada por representantes del nivel Ministerial de cada parte, denominado la Comisión Conjunta. Entre sus funciones, se establece que tiene la potestad de, “[...] adoptar decisiones interpretativas sobre este Acuerdo las cuales serán vinculantes para los paneles establecidos en virtud del Artículo 2106 (Solución de Controversias –

Establecimiento de un Panel) y Tribunales establecidos en virtud de la Sección B del Capítulo 8 (Inversión)” (artículo 2001, literal (a) del numeral 3).

Una decisión interpretativa constituye una interpretación conjunta que ofrece un sentir común sobre una disposición del APPRI. De acuerdo con los autores Chow, Quah y Jingtong (2020), una interpretación conjunta es un acuerdo entre los Estados parte de un tratado sobre una interpretación común de una cláusula del APPRI. Ellos afirman que estas interpretaciones conjuntas pueden considerarse una forma en que los Estados mantengan el control sobre la interpretación del acuerdo, a medida que surgen controversias en virtud de dicho pacto. A su vez, también es posible que los Estados decidan constituir una Comisión Conjunta que se encargue de la formulación de la interpretación. Por consiguiente, debe distinguirse una interpretación conjunta de un acuerdo entre las partes relativo a la enmienda de un tratado, que constituye un posible cambio en sus propios términos.

En consecuencia, si las partes de un tratado deciden enmendar una decisión interpretativa sobre una cláusula del APPRI, o componer una Comisión Conjunta para ello, esta deberá ser respetada y acatada por los Tribunales de arbitramento, siguiendo el artículo 31(3)(a) de la Convención de Viena. No obstante, David Gaukrodger (2016), ha manifestado que dichas interpretaciones no son expresamente vinculantes, ya que algunos tribunales concluyen que tales interpretaciones son imperativas, mientras que otros las tratan como altamente persuasivas. Por su parte, los tribunales han considerado diversos factores para determinar su relevancia, entre otros se mencionan la claridad, la especificidad y el tiempo. Por esta razón, se recomienda a la Comisión redactar una interpretación conjunta en cumplimiento de estos requisitos y para que pueda constituir un acuerdo posterior, que sea útil cuando surja una controversia.

En vista de que cada tratado es único y depende de sus circunstancias, no es posible tener claridad exacta sobre la manera en que una interpretación conjunta pueda afectar los derechos del inversionista; sin embargo, aun así, se recomienda el uso de esta herramienta en el contenido del acuerdo. Por todo esto, es importante que las disposiciones del tratado sean claras y específicas, distinguiendo caso por caso de cada tratado, ya que estas pueden incidir en la magnitud con la que una interpretación pueda afectar a un inversionista.

De hecho, una de las recomendaciones que ofrece la UNCTAD (2015), es la de convenir sobre las disposiciones que regulen el cumplimiento de las obligaciones y sugiere que sería beneficioso determinar cómo se pueden hacer cumplir o interpretar las obligaciones previas a su establecimiento. De esta forma, argumentan que es una manera de otorgarle autoridad a las partes del acuerdo sobre la interpretación de las listas de reserva; asimismo, los gobiernos pueden preferir tener un margen para encontrar soluciones políticas mediante, por ejemplo, un comité conjunto que identifique el alcance de las reservas por medios diplomáticos o a través de la negociación de soluciones alternativas.

En relación con la función descrita de la Comisión, se recomienda adoptar una nota interpretativa conjunta, en la que la Comisión indique, de manera concreta, cómo debe entenderse la cláusula. Esta provisión requiere un alto grado de claridad y ser muy específica en lo que se pretende entender para que, primero, las partes entiendan lo que significa adoptar una medida y sus consecuencias; y, segundo, que sea realmente

considerada por los tribunales a la hora de analizarla. Principalmente, y considerando el caso planteado, lo más importante de esta nota interpretativa es que determine el alcance de la excepción general ambiental e identifique si esta da lugar a excluir la indemnización o si conserva la obligación de indemnizar para la parte que adopte la figura. Para esto, se necesita que tanto las partes como la Comisión puedan basarse en los principios del Derecho Internacional, o mejor aún, en los preámbulos del tratado concreto.

Compartimos el punto de vista de José Manuel Álvarez Zárate y Diana María Beltrán Vargas (2021), cuando se refieren a la importancia de tener en cuenta los preámbulos, a este respecto ellos mencionan lo siguiente:

Cuando surge un conflicto entre un Estado y un inversionista objetivo de un acuerdo de inversión, el primer elemento al que tendrá que recurrir el intérprete es al preámbulo. Es esta sección del tratado, las partes generalmente declaran que el propósito del acuerdo es la protección y el fortalecimiento de las inversiones, desde este marco se fijan los elementos de referencia para que el intérprete entienda el alcance que debe darles a los estándares de protección según la voluntad de los involucrados, en los que normalmente se ha podido entender que el instrumento concebido para garantizar las inversiones al inversionista.

En conclusión, se les recomienda a las partes solicitar una reunión con la Comisión Conjunta y establecer un concepto en el que se tenga claridad sobre el conflicto en cuestión, referente a la figura de las excepciones generales amparadas en el numeral 3ro del artículo 2201 del Capítulo 22 del TLC. La Comisión Conjunta puede considerar el uso de determinadas herramientas que faciliten esta tarea, como dirigirse a los principios básicos del Derecho Internacional, con el fin de esclarecer y llegar a una interpretación más acertada del tema de debate, así como también a los preámbulos del TLC. Es importante resaltar que, a pesar de que los preámbulos son claves para la interpretación de las cláusulas, estos reúnen varios intereses, no solo la protección de la inversión extranjera, sino que no se excluye la opción de la indemnización. Por todo esto, para el caso de las excepciones, se deberían hacer explícitos sus alcances y consignar textualmente los intereses de las partes si, como se desprendió de las posiciones de Canadá y de Colombia en los argumentos, se pretende excluir la indemnización.

## CONCLUSIONES

Cuando se habla de excepciones generales en el marco de las inversiones extranjeras, se puede observar que la figura es novedosa, ya que se comienza a discutir a finales del siglo XX y su incorporación en los APPRI es reciente. Sin embargo, como bien se puede inferir de este escrito, la figura de las excepciones generales no nació en este marco, sino que es una figura preexistente, que surgió como consecuencia del conflicto entre el medio ambiente y el comercio exterior, con el fin de recalibrar los tratados y proteger los intereses generales.

Gracias a esta figura, surgió la necesidad de sopesar la problemática entre los intereses del medio ambiente y los del comercio exterior, con la cual se creó el GATT y el AGCS como herramientas de recalibración. Estos acuerdos contemplan la figura de las excepciones generales, que exponen situaciones en las que las partes pueden estar exentas de incumplir sus obligaciones frente a situaciones específicas. En el ámbito del comercio internacional, las excepciones como herramienta armonizadora, se han establecido como mecanismo que excluye la ilicitud y, por lo tanto, la responsabilidad internacional del Estado.

Se comenzó a observar que la tensión entre intereses económicos tutelados y el medio ambiente, también se presentaba en el marco de las inversiones extranjeras. Ante la similitud de los conflictos entre el comercio y las inversiones, se comenzó a importar la figura de las excepciones generales al régimen de las inversiones, para que sirviera de recalibrador entre intereses contrapuestos. La incorporación de la figura al ámbito de las inversiones ha sido objeto de diferentes interpretaciones a cargo de múltiples autores, entre las que hay proposiciones restrictivas hasta permisivas; además, la figura se ha ido integrando de manera progresiva en los textos internacionales. Esto ha generado reflexiones en cuanto a si los efectos del GATT se pueden extender en la misma medida a las excepciones en el marco de las inversiones, debido a que, como su introducción es relativamente reciente en los APPRI, apenas se está ante las primeras interpretaciones de su alcance. Asimismo, la interpretación otorgada a las excepciones, en el caso de Eco Oro, confirma la preocupación por parte de críticos del sistema con relación a la utilidad de este mecanismo para salvaguardar la capacidad regulatoria del Estado.

En concreto, el TLC entre Colombia y Canadá presenta la figura de las excepciones generales, la cual fue objeto de análisis en un Tribunal de Arbitramento en una demanda propuesta por la empresa canadiense contra el Estado colombiano. La demanda pretendía que la empresa canadiense fuera indemnizada por los perjuicios ocasionados por el Estado anfitrión, al retirarle la concesión de exploración y explotación minera en el páramo de Santurbán; frente a la cual Colombia se justificó con la proposición de las excepciones generales, bajo las cuales estaba protegiendo el interés general del medio ambiente.

Ambas partes expusieron sus perspectivas y sugirieron una forma de interpretar la cláusula de las excepciones generales. Desde Colombia se argumentó que el Tribunal no tenía jurisdicción y que la figura no aplicaba al Capítulo de inversiones, luego no había violación ni lugar a indemnización por la conducta. Adicional a lo anterior, en cuanto a la argumentación sobre el inversionista, en la cual el Tribunal sí tenía jurisdicción, las excepciones generales sí tenían aplicabilidad en el Capítulo 8, por ende, se trataba de un ilícito internacional que daba lugar a compensación. En últimas, el Tribunal tomó en

cuenta los argumentos propuestos y llegó a la conclusión de que la excepción general podía excluir la violación de la obligación, pero que, no obstante, se mantenía el deber de reparar económicamente a la otra parte.

En síntesis, se puede apreciar que aún persiste la incertidumbre a la hora de tomar una decisión en los casos que involucren la figura de las excepciones generales, principalmente porque no se tiene un concepto unificado de la figura y cada parte le atribuye una interpretación diferente, de acuerdo con sus propios intereses. Por esto, con la intención de resolver el caso concreto, se les propuso a las partes, (i) establecer una mayor claridad a la hora de redactar las regulaciones de la figura y (ii) presentarse ante la Comisión, que se encarga de brindar un concepto al Tribunal, para que estuviera en posesión de una interpretación autoritativa previa y para que ambas partes tuvieran claridad a la hora de entrar en disputa. Claro está, que el uso de estas declaraciones interpretativas representa un reto para las partes, sin embargo, Canadá y Colombia deberían valerse de esta herramienta.

## Bibliografía

- Alschner, W. (2017). The impact of investment arbitration on investment treaty design: myth versus reality. *Yale Journal of International Law*.
- Alschner, W., & Hui, K. (2019). *Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties*. SSRN. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3237053](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3237053).
- Álvarez, J.M. & Beltrán, D.M. (2021). La interpretación de los tratados de inversión. En J. Álvarez (1ra Ed) *El derecho internacional de las inversiones*. Universidad Externado de Colombia.
- Bonnitcha, J., Skovgaard, L. & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press.
- Comisión de Derecho Internacional (2006). *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2006, Volumen II, Segunda parte
- Esty, D.C. (2001). *El reto ambiental de la Organización Mundial de Comercio*. Editorial Gedisa S.A.
- Gagliani, G. (2015). The Interpretation of General Exceptions in International Trade and Investment Law: Is a Sustainable Development Interpretive Approach Possible. *Denver Journal of International Law & Policy*, 43(4), 559 - 588. <https://digitalcommons.du.edu/djilp/vol43/iss4/10/>.
- Hey, E. (2016). *International law and the Anthropocene*. Erasmus University Rotterdam.
- Hinojosa, L.M. & Roldán, J. (2010). *Derecho internacional económico*. Marcial Pons.
- Horowitz, E. (1995). El vínculo comercio/medio ambiente. En E. Hernández (Ed.), *Comercio y medio ambiente, el debate internacional*. Nueva Sociedad.
- Naciones Unidas. (junio de 1972). Declaración de Estocolmo. <https://www.un.org/es/conferences/environment/stockholm1972>
- Nadakavukaren, K. (2013). *International Investment Law*. Edward Elgar Publishing, Inc.
- Newcombe, A. (2008). *General Exceptions in International Investment Agreements*.
- Niedrist, G. & Figueroa, A. (2020). *Hacia una coordinación efectiva entre regímenes especializados para garantizar una interpretación armoniosa en el derecho internacional público moderno*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ochoa, I. (2018). *Actualización y seguimiento del Plan General para el Control de la Erosión en el Municipio de Bucaramanga y acompañamiento técnico a la subdirección de gestión de riesgo y seguridad territorial (SURTY) en la CDMB*. Universidad Pontificia Bolivariana seccional Bucaramanga.

- Organización Mundial del Comercio (1995). *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios* (AGCS).  
[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/gatsqa\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm)
- Organización Mundial del Comercio. (1994). *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio* (GATT).  
[https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/gatt47.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47.pdf)
- Prieto Ríos, E., Ureña, R. (2020). *Debates contemporáneos de derecho internacional económico*. Editorial Universidad del Rosario.
- Qureshi, A.H. (2015). *Interpreting WTO Agreements*. Cambridge University Press.
- Sauvant, K.P. & Wells, L.T. (2021). *Obsolescence of the obsolescing bargain: why governments must get investor-state contracts right*. Columbia University.
- Schill, C., Tamis, C. & Hofmann, R. (2015). *International Investment Law and Development*. Edward Elgar Publishing, Inc.
- Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law and Foreign Investment*. Cambridge University Press.
- Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Canadá.
- Ulrich, B. (2013). *Sustainable development*. Oxford University Press.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2015). *Investment Policy Framework for Sustainable Development*.  
[https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcb2015d5_en.pdf)
- Villanueva, F. (2012). *El artículo XX (E) del GATT, ¿Una cláusula social en el sistema jurídico de la Organización Mundial del Comercio?*, volumen 3, 1-20.