

**Revista de
Derecho**

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN
RESEARCH ARTICLE

<https://dx.doi.org/10.14482/dere.60.986.124>

**La expropiación indirecta en el
Modelo Colombiano de Tratado
Bilateral de Inversión y su incidencia
en los APPRI's latinoamericanos:
una visión desde Cuba**

*The indirect expropriation in the Colombian Model
of bilateral Investment Treaty and its impact in
Latin American BITS: an overview from Cuba*

T A H I M I S U Á R E Z R O D R Í G U E Z

Lic. Derecho. Doctora en Ciencias Jurídicas (PHD) por la Facultad de Derecho de
la Universidad de La Habana. Funcionaria del Minrex de Cuba.
tahimi8375@gmail.com

Resumen

El objetivo central de este artículo es examinar el pronunciamiento sobre la expropiación indirecta en el Modelo de Acuerdo de Inversión colombiano vigente y su incidencia en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII´s) latinoamericanos rubricados. El método empleado ha consistido en el estudio de la expropiación indirecta en el Modelo colombiano del 2017 y su comparación con los pronunciamientos en los Modelos anteriores del 2008 y 2011 de este país, a modo de identificar su admisión o exclusión en los AII´s de Colombia y demás naciones del área. El resultado principal ha sido mostrar las falencias y disfuncionalidades de las disposiciones sobre expropiación indirecta en los AII´s examinados debido a su alejamiento de los Modelos de Inversión colombianos anteriores y vigente, razón probable de las demandas contra los Estados de la región, y muestra de la necesidad de elegir a Colombia como referente para la región latinoamericana por el aprovisionamiento sobre expropiación indirecta que su Modelo refrenda.

PALABRAS CLAVE

Expropiación indirecta, Modelo Colombiano de AII.

Abstract

The central goal of this article is to examine the pronouncement about indirect expropriation of the current Colombian Investment Agreement Model and its impact on signed Latin-Americans International Investment Agreements (IIA´s). The method used has consisted of the study of the indirect expropriation of the Colombian Model of 2017 and its comparison with that established in the previous Models of 2008 and 2011 by this country, with the purpose to identify the admission or exclusion in the IIA´s of Colombia and other nations of area. The main result has been the verification of the shortcomings and dysfunctionalities of provisions of the indirect expropriation in the studied IIA´s due to the distance from the previous and current Colombian Investment Agreement Models, probable reason of claims against States of the region, and demonstration the need to choose to Colombia as referent for Latin American region by the provisioning about indirect expropriation that its Model endorses.

KEY WORDS

Indirect Expropriation, Colombian Model IIA.

I. INTRODUCCIÓN

La expropiación indirecta dentro del Derecho Internacional de Inversiones ocupa en los últimos años lugar preeminente en la agenda a nivel global, debido a su incidencia dentro del arbitraje de inversiones y las implicaciones que genera. Su presencia encuentra resonancia en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII's), que constituyen mayoritariamente el fundamento legal de su invocación en las demandas Inversionista-Estado. Asimismo, conviene destacar que los mencionados Acuerdos, en ocasiones, son resultado de abrazar los Modelos de Tratados de Inversión que los países adoptan y que sirven de documentos base para la negociación de este tipo de textos convencionales.

Sin embargo, el origen de la figura estuvo vinculada al ámbito jurisprudencial norteamericano en el que se constató en el caso *Pumpelly vs Green Bay Company* (EEUU, 1872)¹. Sin embargo, el primer vestigio en un Tratado de inversión se dispuso en el Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) entre Paquistán y Alemania, el cual, si bien sólo estableció, la no expropiación de modo general; en su Protocolo, en la aclaración sobre el término, enunció la indirecta al incluir los actos del poder soberano que son equivalentes a expropiación (Paquistán, 1959, pp. 795 y 799). Luego, le seguirían varios intentos por su regulación en la esfera de los Tratados como en el *Abs-Shawcross Draft Convention*² de 1959, el *Harvard Draft Convention on the International responsibility of States* de 1961³, el *Draft Convention on Protection of Foreign Property* del Consejo de la OCDE de 1967⁴, el Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU de 1980⁵, el FTACUS⁶ en 1988 y el NAFTA⁷ en 1993, que selló el desarrollo de la expropiación indirecta en los AII's tanto en el ámbito bilateral como multilateral.

¹ La Corte Suprema norteamericana se enfocó no en la privación del título por el gobierno sino en el daño irreparable y permanente para el propietario, diferenciando expropiación implícita de explícita.

² Dispuso en su artículo III dentro del tratamiento a la protección de las inversiones que ninguna parte tomará cualesquiera medidas contra nacionales de otra Parte para privarlas directamente o indirectamente de su propiedad (Abs, Herman y Shawcross, 1959, p.2)

³ En el artículo 10.3 (a) y (b) definió los elementos y el alcance en la toma de la propiedad por el Estado.

⁴ En su artículo 3 primer párrafo, situó la toma de propiedad, como el despojo del Estado sobre el bien de un inversionista de modo directo o indirectamente, e introdujo en los incisos i), ii) y iii) del propio artículo, que las medidas han de ser adoptadas por interés público, bajo un debido proceso legal, no ser discriminatorias e ir acompañadas de una compensación justa, sin demora y efectiva.

⁵ Los Tratados bilaterales de Estados Unidos. suscritos a partir de ese momento incorporaron la referencia a la figura, como sucede con el Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Panamá en cuanto al tratamiento y la protección de inversiones, artículo IV, firmado el 27/10/1982 y que entrara en vigor el 30/05/1991. *Vid.*: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3353>]

⁶ Introdujo la expropiación indirecta progresiva o *creeping expropriation*.

⁷ La redacción escueta y ambigua del pronunciamiento sobre expropiación indirecta ha sido la sostenida en el tiempo en la mayoría de los AII's internacionalmente.

En cuanto a los Modelos, estos la registraron alrededor de los años 60 a través de los textos francés e iraní⁸ hasta alcanzar una profusión mayor en ellos a inicios del siglo XXI, pero sin ser formulaciones minuciosas mayoritariamente. Si bien es cierto que América Latina no sostiene una práctica enjundiosa en relación con los Modelos, algunos países la han utilizado, e incluso colocado sus textos en materia de expropiación indirecta entre los más avanzados mundialmente como es el caso de Colombia, que se distingue como referente para los países de la región.

La provisión actual en el Modelo vigente colombiano de 2017 aunque diferente de sus predecesores adoptados en los años 2008 y 2011, se sirvió de aquellos. No obstante, Colombia como la mayoría de los países latinoamericanos ha soslayado para sus AII's la elaboración del 2017, como también lo hizo en algunos de sus APPRI's en relación con sus Modelos de Inversión del 2008 y 2011. De manera, que una parte no despreciable de sus Tratados mantiene inmutable las redacciones introducidas en los 90's, derivadas del Programa de Tratados de Inversión Bilateral de EEUU de 1980, el Artículo 1605 del Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS) de 1988 (Canadá, 1988, p.179) y el Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) (EEUU, 1992, p.270), aún cuando la coyuntura económica a lo largo de esto años ha variado y el ambiente de inversión ha dado un giro importante en materia de regulaciones y litigiosidad.

El volumen elevado de demandas por invocación de expropiación indirecta, debido a la ambigüedad y desacertada formulación que presentan los AII's al respecto, coadyuvan a la presencia de la figura en alrededor del 70% de los casos Inversionista-Estado (UNCTAD, 2020, p. 24). Varios países latinoamericanos muestran los números más elevados dentro de este tipo de arbitraje mundialmente, a través del sustento legal que los APPRI's proporcionan, a saber: Argentina, Venezuela, México, Perú, Ecuador, entre otros (UNCTAD IIA ISSUE NOTE 2, 2020 pp. 1-2 y ISSUE NOTE 1, 2022, p. 3).

Explorar el pronunciamiento sobre expropiación indirecta en las cláusulas de expropiación en los APPRI's latinoamericanos y su correspondencia o no con el Modelo de AII colombiano vigente o sus predecesores permite identificar las carencias, disfuncionalidades e incongruencias existentes en ellos así como las consecuencias que pueden derivarse del no acogimiento del mencionado modelo. La viabilidad de la admisión del Modelo en función de que los países de la región formulen sus Tratados de inversión desde una perspectiva auténtica y sobre la base de sus experiencias, realidades y desafíos propios, constituye aun en el presente, un pendiente necesario de resolver a corto plazo, a modo de lograr la mayor protección posible frente a los reclamos de los inversionistas extranjeros por expropiación indirecta.

⁸ El francés la definió como (...) otras medidas que tengan un efecto de desposeer, directamente o indirectamente (Francia, s/f, pp. 161-162)

II. PINCELADAS PREVIAS

Colombia como parte de la región, se sumó a la internacionalización y liberalización de la economía en los años 90 como tendencia en el mundo, y sobre esa base inició la rubricación de APPRI's que alcanzan la cifra actual de veintiuno (21), de los cuales tres (3) están terminados, ocho (8) están en vigor y diez (10) no se encuentran aún vigentes. De ellos, se han suscrito nueve (9) con países europeos, seis (6) con países latinoamericanos y seis (6) con naciones asiáticas y del Medio Oriente, constituyendo los años más prolíficos en su rubricación: 1994 con tres (3) y 2009, 2010 y 2014 con dos (2) cada uno. Paralelamente, el país ha adoptado varios Modelos de inversión hasta el más reciente del 2017.

Sin embargo, este Modelo se configura teniendo como predecesores aquellos adoptados en los años 2008 y 2011. Cada uno se soportó en la interacción que fue acopiando Colombia con los inversionistas así como la experiencia regional, internacional y la suya propia, como la registrada a partir de la explosión de demandas por arbitraje de inversiones que recibiera en el año 2016, basadas en las disposiciones tradicionales establecidas en sus AII's, y que tuvieron una repercusión en el Modelo de Inversión del 2017.

Nótese, que la oleada de demandas contra Colombia, ubica al país en el lugar diecisiete (17) entre los países más demandados mundialmente en arbitrajes Inversionista-Estado con veinte (20) reclamaciones interpuestas (UNCTAD Tabla Disputas de Inversión Colombia, 2023) y se sustentan en APPRI's o Acuerdos en otras materias con provisiones de inversiones que no tuvieron de referentes los citados Modelos, que dispusieron elaboraciones más minuciosas en su articulado.

Conviene destacar, que Colombia muestra de las demandas disponibles cinco (5) resueltas a favor del Estado y una (1) a favor del inversionista, constatándose expropiación indirecta en una (1): América móvil contra Colombia. No obstante, permanecen trece (13) pendientes de resolución, alegándose expropiación indirecta en seis (6) de ellas, confirmándose la incidencia de la figura y su trascendencia para el Derecho Internacional de Inversiones, ante su sistemática invocación por los inversionistas y el peligro visible para los Estados por su elaboración vaga y ambigua, carente de un concepto, presupuestos que la configuran y excepción a la expropiación indirecta.

Figura que en el orden conceptual se le identifica como (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 2) la que se conforma cuando el título del inversor permanece intocable, pero se le priva de la posibilidad de utilizar su inversión de modo válido. Al mismo tiempo, se destaca que se manifiesta (Esis Villarroel, 2012, p. 223) cuando una medida o un acto gubernamental (de acción o de omisión) de alguna manera 'prive' al inversor de su inversión, sin que pierda, al menos formalmente hablando, el título legal que lo acredite como propietario, y a la vez se agrega que:(Esis Villarroel, 2012, p. 229) responden a medidas estatales que causan un detrimento importante en el valor económico de la inversión foránea, sin que medie un título formal de privación del Derecho de propiedad, al

punto de resultar privado el inversionista del uso y goce de los beneficios que ésta puede producirle, y sin la recepción de una compensación ofrecida por el Estado receptor.

Sin embargo, no han sido solo los autores los que se han pronunciado, sino que la jurisprudencia también lo ha hecho. Por su parte, en *Metalclad Corporation vs Los Estados Unidos Mexicanos* (CIADI Laudo No. ARB(AF)/97/01, 2000, párr 103) expuso que: (...) la expropiación en el TLCAN incluye (...) también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. Mientras, en *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos* (CIADI. (2005). Laudo No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos, párr.116) se define que las medidas adoptadas por un Estado, de naturaleza regulatoria o no, revisten las características de una expropiación indirecta en su modalidad *de facto* si es irreversible y de carácter permanente, y si los bienes o derechos alcanzados por tal medida han sido afectados de forma tal que «...toda manera de explotarlos...» ha desaparecido; es decir, virtualmente, el valor económico de la utilización, goce o disposición de los bienes o derechos afectados por el acto o decisión administrativa ha sido neutralizado o destruido. Bajo el derecho internacional, existe privación de la propiedad también cuando existe despojo de su uso o del goce de sus beneficios, o interferencia en tal uso o goce de efectos o magnitud equivalentes, aun cuando no se afecte la titularidad legal o jurídica de los bienes en cuestión, y siempre que el despojo no sea efímero.

Al mismo tiempo, fuera de la mención genérica, es preciso subrayar, que la expropiación indirecta se revela en el tipo regulatoria, que surge circunscrita a los actos meramente regulatorios del Estado, a saber: Leyes, decretos u otro tipo de normas o regulaciones (González Cossío, 2005, P.2); y en la progresiva que abarca situaciones en las que no sólo no ha habido una resolución estatal manifiesta de expropiación, sino que tampoco ha habido una medida administrativa específica que pueda considerarse equivalente a una expropiación por sus efectos. Por el contrario, lo que hay es una sucesión de medidas administrativas que, consideradas en sí mismas, no tienen virtualidad expropiatoria pero que, consideradas en conjunto, pueden considerarse equivalentes a una expropiación (CAITISA, 2015 p.18). Se constituye por una serie de actos y omisiones que, durante un período de tiempo, y en un momento determinado cristaliza o madura en una expropiación (Cox, 2019, p. 142).

En síntesis, aquélla resulta cuando se ha privado de la propiedad de un bien al titular de aquel (inversionista), no formalmente como en la expropiación directa con el traspaso del título de dominio sino *de facto*, a través de interferencias o medidas adoptadas por el Estado, que si ciertamente no constituyen una toma flagrante de la propiedad, a través de los efectos que generan, afectan, anulan de manera efectiva, los atributos fundamentales de la propiedad, entre los que se incluyen los derechos de uso, disfrute y disposición del bien. Tales afectaciones provocan la incapacidad del inversionista de ejercer sus derechos sobre la inversión similares a como si hubiese ocurrido una expropiación directa, por lo que esta se convierte en inservible, inútil, inviable para el inversor.

Por otra parte, en cuanto a los presupuestos que constaten la probable presencia de expropiación indirecta (Faccio, 2020, pp. 110-11) algunos acuerdos de inversión listan una serie de factores adicionales que pueden guiar a los Tribunales Inversionista-Estado en su análisis de la expropiación indirecta. Los más comunes son: (i) el impacto de la medida en el status económico del inversor extranjero; (ii) la interferencia en las legítimas expectativas del inversor; (iii) la naturaleza discriminatoria de la medida; (iv) el carácter de la medida que incluye si el interés público es de buena fe; (v) la proporcionalidad de la medida con el propósito público. Estos elementos no se observan en la mayoría de las formulaciones latinoamericanas de los AII's.

En relación con la excepción de la expropiación indirecta se le asocia a aquellas actuaciones, medidas del Estado para asegurar los intereses y el bienestar público de la colectividad que pueden resultar expropiatorias, pero que no se conforman de ese modo al constituir facultades regulatorias en el marco de los poderes de policía que el Estado posee intrínsecamente. En los últimos tiempos, junto a las medidas usualmente reconocidas como excepción se han incorporado, las impositivas y aduanales, las de protección de los deberes públicos, sociales o al consumidor; de promoción y protección de la diversidad cultural, política económica, los cambios en el marco regulatorio y la estabilidad financiera.

Justamente por la carencia que pueden mostrar los APPRI's en relación con la figura y sus componentes *ut supra* esbozados, se hace imprescindible tomar como referentes los Modelos de inversión que la traten minuciosamente, en tanto pueden coadyuvar a un mejoramiento de su tratamiento en los textos convencionales, al constituir bases para emprender cualquier negociación de este tipo de Acuerdos, en el ámbito bilateral como multilateral. La interrelación existente en el orden normativo en cualquier país ante un asunto de tal envergadura, obliga a una sincronización en la esfera convencional y legislativa nacional como vía efectiva y eficaz de mitigar los riesgos que la expropiación indirecta exhibe. Plasmar de modo consistente la política sobre inversiones extranjeras de un país en los Modelos y a su vez volcar sus disposiciones en los AII's contribuirá a lograr tal propósito.

III. MODELO COLOMBIANO VIGENTE Y SUS PREDECESORES: REFLEJO EN LOS APPRI'S COLOMBIANOS

América Latina bajo la impronta a nivel mundial de la elaboración de Modelos de AII's posee en su haber trece (13) Modelos, de los cuales solo dos (2) fueron adoptados previamente a la implosión de los APPRI's en los 90: Jamaica y Bolivia, y posteriormente a dicha fecha, Chile en 1994. Los diez (10) Modelos restantes se establecieron entre los años 2000 al 2020. De todos ellos, permanecen vigentes hasta la actualidad ocho (8), destacando apenas uno (1) entre los Modelos más avanzados internacionalmente, en este caso el Modelo Colombiano de 2017, el cual tuvo previamente otros textos predecesores en el país: los del 2008 y 2011, que le proporcionaron un terreno fértil en la práctica nacional unido a los referentes a nivel mundial. Así pues, (Alschner y Skougarevskiy,

2017, p.3) los países tienden a esforzarse por dar consistencia a sus redes de tratados de inversión. (...) y lo hacen al crear modelos de tratados para formar redes más consistentes. Estos modelos de acuerdo consagran lo que un país considera ser un tratado de inversión ideal, lo cual generalmente torna poco deseable alejarse de dicho modelo en negociaciones.

Apréciase, que por la fecha de adopción de los Modelos de 2008 y 2011, en el ámbito económico y particularmente en el de inversión extranjera, Colombia no mostró cambios sustanciales y (Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Reino de España, 2022, p. 2) vivió un ciclo expansivo de 15 años, hasta 2014, en que tuvo que hacer frente a una desaceleración continua, acompañada de inflación, una caída de la inversión extranjera y un creciente endeudamiento público. De modo que, su presentación de ambos Modelos en materia de expropiación indirecta estuvo marcada por un afianzamiento del espacio regulatorio, a partir de las realidades existentes en la región que los textos de los 90's no resguardaban. Mientras que el del 2017, a juicio de esta autora, fue dirigido a perfeccionar cuestiones que el Estado colombiano consideró debían ser reflejadas como contraposición a las demandas de inversiones recibidas durante el año 2016.

Bajo tales premisas, en los Modelos de 2008 y 2011 (Colombia, 2008, pp. 8-10; y Colombia, 2011, pp.6 y 7) se ofreció un concepto de expropiación indirecta próximo a los Modelos más progresistas cuando dispuso que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte Contratante que tenga un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie la transferencia formal de un título o del derecho de dominio. A la vez incluyeron excepción para la expropiación indirecta regulatoria junto a presupuestos para que la expropiación indirecta se configurase; adicionándose en el del 2011 el carácter de la medida o la serie de medidas teniendo en cuenta los objetivos públicos legítimos perseguidos.

En relación con las condiciones para que el acto expropiatorio proceda, los Modelos reconocieron hacerlo conforme al debido proceso legal, con la correspondiente compensación, afiliándose a la Fórmula Hull⁹ al describir el contenido de los términos de pronta, adecuada y efectiva, sin nominarlos. Asimismo, el del 2008, señaló que ha de efectuarse por un propósito público o interés social y de buena fe, y el del 2011 sustituyendo el propósito por la utilidad pública y el interés social. Sobre protecciones específicas en relación con la expropiación los Modelos no se pronunciaron.

⁹ Se define así la fórmula creada por el Secretario de Estado norteamericano Cordell Hull en relación con la compensación debida a los inversores por nacionalización y que la definió como: adecuada cuando se basa en el valor justo del mercado, efectiva cuando se paga en moneda libremente convertible y pronta cuando es pagada sin demoras o en circunstancias excepcionales la pagada en parcialidades en un plazo lo más corto posible.

El Modelo del 2017 constituye el único vigente de la región latinoamericana de elaboración más cercana a los más avanzados a nivel mundial actualmente. Su sistemática es similar a la del Modelo Indio del 2015 con algunas modificaciones, y como aquel ofrece cabida a la expropiación indirecta y la define (Colombia, 2017, pp. 9 y 10) sobre la base de medidas que son discriminatorias y arbitrarias con efecto equivalente a la expropiación directa sin transferencia del título formal. Ciertamente, no alude a la la privación sobre los atributos fundamentales de la propiedad como el modelo indio, sino que se centra en las características que distinguen a las medidas para considerarse expropiación indirecta, con lo cual delinea la inevitable obligación de compensar.

Al mismo tiempo, dispone entre los presupuestos que configurarán la expropiación indirecta la duración y el carácter, dispuesto en el Modelo Indio e incluso en sus antecesores en el país del 2008 y 2011, a la par que, incorpora otros como la naturaleza de la medida, acentuando el interés público, justificado por encima del individual del expropiado. Como sus predecesores incluye la excepción a la expropiación regulatoria, pero a diferencia de estos, introduce la protección a los consumidores y la competencia expresamente así como abre brecha en forma de *numerus apertus* al considerar otros que no menciona.

En cuanto a la compensación introdujo como lo hicieron los Modelos SADC del 2012 y Marroquí del 2019 el test de proporcionalidad para el cálculo de la compensación así como otros factores que evidencian la posibilidad de uso de diversos métodos de cálculo. Asimismo, describe el contenido de los términos de la Fórmula Hull como sus antecesores, pero no sin confusiones, al utilizar en el artículo sobre expropiación la palabra oportuna y en el destinado a la compensación describir el contenido de pronta de la Fórmula Hull, por lo que genera un equívoco a solucionarse en el momento de la compensación según la interpretación que se realice. Además, distingue la aplicación de la Fórmula Hull de forma expresa solo para la expropiación directa según el artículo destinado a la expropiación al establecer (Colombia, 2017, pp. 9 y 10): (...) *En el caso de una expropiación directa, dicha expropiación deberá estar acompañada de una compensación oportuna, adecuada y efectiva en los términos del Artículo [##] Compensación derivada de una Expropiación*. Paralelamente en el artículo destinado a la compensación si incluye tanto a la directa como a la indirecta en función de los parámetros, el procedimiento que se establece para el cálculo de la compensación y la Fórmula Hull bajo descripción del contenido sin nominalizarla.

Del total de los APPRI's colombianos, más del 55%, han sido firmados durante la existencia de los mencionados Modelos del 2008, 2011 y 2017. Sin embargo, no todos acogieron los pronunciamientos sobre expropiación indirecta dispuestos en aquellos, cual pareciese más una falta de dimensión de las consecuencias que pueden provocar las provisiones ambiguas y lacónicas de los AII's, que por rechazo a las nuevas elaboraciones establecidas en los Modelos adoptados.

Los APPRI's colombianos suscritos y no terminados o reemplazados por textos nuevos totalizan diecisiete (17), pudiéndose identificar tres (3) grupos en relación con la provisión sobre expro-

piación y específicamente el pronunciamiento sobre la indirecta. Un primer grupo que muestra una escasa precisión y se aleja del actual Modelo Colombiano de APPRI del 2017 e incluso de los del 2008 y 2011 aun cuando reconozcan a la figura, como son aquellos rubricados antes del Modelo del 2008 como los de España, Suiza, Chile y Cuba, firmado incluso este último en los años 90's. Seguidamente, se distingue los Acuerdos suscritos por Colombia entre los años 2007 y 2010 que tienen una elaboración más cercana al Modelo de 2008, lo que hace pensar que sirvieron de base al del 2011, aun cuando su texto no sea similar, y que son los firmados con Perú, Unión Económica Belga-Luxemburguesa, China, India, Corea y Reino Unido. Y existen los que han abrazado el Modelo del 2011, en su mayoría los firmados después de ese año, en que dio a la luz aquel y que son los de Francia, Turquía, Emiratos Árabes Unidos (EAU), Singapur (UNCTAD, Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Colombia, 2022). Obsérvense algunos de ellos:

Mientras el APPRI entre la Confederación Suiza y Colombia (Colombia, 2006, p. 7) en el artículo 6 dispone un reconocimiento a la expropiación indirecta de dos (2) modos como toma indirecta y como medidas de similar naturaleza o efecto al de la expropiación o nacionalización, es decir, la transferencia de la propiedad. ¿Acaso la toma de una medida de modo indirecto por parte del Estado, irremediamente no es considerada una expropiación indirecta? ¿Se requiere escindir medida de expropiación tomada indirectamente de medida tomada indirectamente que tenga similar naturaleza o efecto a la expropiación? ¿Bajo ambas construcciones no se está aludiendo de igual manera a una expropiación indirecta?

Por su parte, el APPRI entre España y Colombia (Colombia, 2005, pp. 2 y 3) en el artículo 4 reconoce la expropiación indirecta sin nominalizarla, pero hace dicha distinción tácitamente al referirse a cualquier otra medida de efectos similares a la expropiación, redacción que lo diferenció del anterior suscrito en 1995 que tenía formulación similar al de Cuba.

Estos Acuerdos *ut supra* citados unido a la ausencia de un concepto sobre la figura, carecen de presupuestos para delimitarla, lo que implica una construcción empírica conforme el caso que se suscite, y con ello brechas para su invocación por los inversionistas, y probabilidad de que el Estado colombiano sea demandado. Los textos no concibieron excepción a la expropiación indirecta, por lo que, el nivel de indefensión del Estado ante actuaciones regulatorias que se perciban como conformadoras de actos expropiatorios es mayor. No es casual que la primera demanda enfrentada por Colombia en arbitraje de inversiones se ampare en el APPRI en vigor con Suiza, y que la demanda de Telefónica en el 2012 por expropiación indirecta contra el país y que aún se encuentra pendiente se sustente en el APPRI con España.

Nótese que ambos APPRI's como ocurre con otros textos colombianos enmarcan la presencia de la expropiación indirecta bajo la referencia de: "las medidas equivalentes a los efectos de la expropiación". Tal expresión alude a la doctrina del *sole effects*, postura favorecedora a los inversionistas, pues se centra en los efectos que provoca la medida: privación permanente de los derechos de

uso, disfrute y disposición y transferencia de propiedad, con la salvedad que este tipo de expropiación sucede *de facto* y no formal¹⁰ y elude los propósitos del Estado.

Entre los Acuerdos más cercanos al Modelo Colombiano del 2011, aunque no copia literal de este, sobresale el APPRI entre Perú y Colombia. Aun cuando se suscribiera en el 2007, cuatro (4) años antes de que se adoptara el referido Modelo su redacción próxima a aquel está asociada a la rúbrica un (1) año antes por Perú de su APPRI con Canadá¹¹ bajo el Modelo canadiense de 2004, sistemática que acogió e incorporó a los textos de los Acuerdos de este tipo posteriores. Así el Acuerdo se desliga del anterior de 1994 que mantenía similar redacción al firmado con Cuba, y hace pronunciamiento general sobre la expropiación indirecta en el artículo 11 para ulteriormente definirla en el Anexo C del Convenio. En dicho Anexo, en el numeral 3, define de forma precisa a la expropiación indirecta y en el numeral 4 establece los presupuestos para que esta se configure a saber: el impacto económico de la medida; la interferencia con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión; y el carácter de la medida (Colombia, 2007, pp. 15 y 61); todos después incluidos en el Modelo del 2011. De igual modo, en el numeral 5 se introduce excepción a la expropiación indirecta.

El APPRI entre China y Colombia (Colombia, 2008, p. 4) enuncia la expropiación indirecta en el artículo 4 numeral 1, en el numeral 2 inciso a) la define, y en el inciso b) i) e ii) establece los presupuestos para que esta figura se configure como son: el impacto económico, el alcance de la medida y la interferencia en las legítimas expectativas del inversionista. En el caso de este APPRI no se reconoce el presupuesto referido al carácter, con lo cual se constata que la diferenciación entre una medida dirigida específicamente a un inversionista o a todos en general, no constituirá elemento de valoración para la presencia de la figura.

El APPRI entre el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Colombia (Colombia, 2010, p. 9) destina el artículo VI la expropiación, y define la indirecta en su numeral 2 inciso a). Por su parte, en el propio numeral, pero en su inciso b) hace referencia a dos (2) de los cuatro (4) presupuestos concebidos en el Modelo Colombiano del 2011: el alcance de la medida y la interferencia de la medida en las legítimas expectativas del inversor. La redacción del numeral 2 inciso b) al disponer la frase *entre otros* posibilita en el análisis caso por caso examinar unido a los presump-

¹⁰ Esta doctrina fue la aplicada para alegar expropiación indirecta en los casos de *Biloune vs Ghana* (1989), *Pope and Talbot Inc vs Canadá* (2000), *Metalclad vs México* (2001), *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd vs United Republic of Tanzania* (2008), *García Armas y García Gruber vs República Bolivariana de Venezuela* (2019), entre otros.

¹¹ Article 13: Neither Party shall nationalize or expropriate a covered investment either directly, or indirectly through measures having an effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation"), except for a public purpose⁸, in accordance with due process of law, in a non-discriminatory manner and on prompt, adequate and effective compensation. Annex B.13 (1) (..) (a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure (Canadá, 2004, pp.15, 16 y 21)

tos enumerados todos aquellos que las Partes consideren para la configuración de la expropiación indirecta, con lo cual el mencionado listado no operará como *numerus clausus*. Se abre brecha, para que en el momento en que se invoque expropiación indirecta, la parte que la alegue utilice esta formulación ambigua en su favor. De igual modo, el Estado podría incluir la valoración de los presupuestos que seleccione pertinentes aun sin haber sido listados. Este APPRI constituyó un cambio importante en cuanto al pronunciamiento sobre la expropiación indirecta con respecto al anterior de 1994, en tanto, se desligó del mismo y se sostiene sobre el Modelo de APPRI colombiano del 2008 a la vez que brinda bases para el Modelo de APPRI del 2011 que adoptaría Colombia.

Los Acuerdos más cercanos al Modelo colombiano del 2011 aunque no conceptualizan la expropiación indirecta en un primer momento, posteriormente en el propio texto la definen con más detalle, aunque con algunas diferencias con aquel. Particularmente, el de Singapur, incorpora junto a la palabra medida en la definición, la de acto (Singapur, 2013, p.26), como voluntad de diferenciar entre una medida estatal, que es más abarcadora y que incluye aquellas del ámbito legislativo u otros que pudieran generarse como una expropiación indirecta, de un acto propiamente ejecutivo del Estado, con lo cual posibilita la inclusión de los diferentes tipos de expropiación indirecta. Así pues, bajo la expresión serie de actos o medidas, enfatiza reconocimiento hacia la indirecta progresiva o *creeping expropriation*.

Por otra parte, los textos convencionales próximos a los Modelos tanto del 2008 como del 2011, establecieron los presupuestos para que la expropiación indirecta se configure, aunque no todos incluyeron los que listaron los Modelos. Perú y Corea excluyeron el referido al alcance de la medida mientras que China, Francia y EAU el carácter. En el de Corea, la inclusión del presupuesto del carácter de la medida, constituyó un elemento novedoso en relación con el Modelo del 2008, que era el vigente cuando este se rubricara, a la vez de servir de precedente para su incorporación posterior en el Modelo del 2011.

Como lo establecieron los Modelos del 2008 y del 2011 los Acuerdos firmados por Colombia con Perú, China, Corea, Reino Unido, República Francesa, Turquía y Singapur disponen la excepción a la expropiación indirecta regulatoria. En el suscrito con la India, la extiende a ambos tipos de expropiación: directa e indirecta.

De los Acuerdos con huella evidente del Modelo del 2011 se destaca el suscrito con Francia (Colombia, 2014, pp. 4 y 5). El Tratado reconoce la expropiación indirecta e incluye una definición sobre la figura. A la vez, introduce presupuestos para la configuración de la expropiación indirecta conforme al Modelo del 2011, aunque a diferencia de aquel excluye de forma explícita el carácter de la medida. No obstante, el texto suple exclusión de este tipo con la frase *entre otros* factores, elaboración ya utilizada en el APPRI con Reino Unido.

A la vez, el mencionado APPRI con Francia realizó algunos cambios en otros dos (2) de los presupuestos que cita, uno el referido a las expectativas del inversor y el otro sobre el grado de interferencia. En cuanto al primero, enmarca el hecho de demostrar las consecuencias de la medida en las expectativas del inversor y no el nivel de interferencia en las expectativas, en un intento de lograr mayor precisión, que en otros textos de APPRI's colombianos. Sobre el segundo se enmarca en el nivel de interferencia en el derecho de propiedad del inversionista, es decir: en el uso, disfrute y disposición de la inversión y no lo circunscribe a las expectativas del inversor como usualmente se establece. Por otra parte, incorporó de forma expresa la Fórmula Hull y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria.

Sobre los últimos firmados por Colombia con Emiratos Árabes Unidos, España y la República Bolivariana de Venezuela en 2017, 2021 y 2023 respectivamente, ha de subrayarse que los dos (2) primeros, aunque bajo impronta de Modelo Colombiano del 2017 no adoptan a aquel de modo estricto. Así el de EAU (Colombia, 2017, p.7) establece como el de Francia la definición de la expropiación indirecta y presupuestos para su configuración, sin embargo, excluyó la excepción a la expropiación indirecta regulatoria. Por su parte, el suscrito con España (Colombia, 2021, pp.9-11), mantuvo la excepción a la expropiación indirecta regulatoria y una elaboración menos precisa para los presupuestos que la adoptada en el de Francia al excluir aquellos, pero en cuanto a la definición de la expropiación indirecta y en cuestiones como la compensación, fue más amplio que el Modelo.

Sin embargo, en el suscrito en febrero del corriente con Venezuela se asumió el tema de la expropiación diferente. Se realiza un pronunciamiento general, pero sin hacer distinciones entre un tipo u otro, a la vez que elimina toda alusión a la indirecta (Colombia, 2013, p. 8) distanciándose de los textos de los Modelos. La exclusión de la referencia genérica de la figura, constituye un giro notable sobre la expropiación indirecta, a la vez que no se incluyen presupuestos, y la excepción a la expropiación se dispone para ambos tipos y no ceñida a la indirecta.

Por otra parte, se refiere a compensación o indemnización justa, sin brindar otro elemento para su abordaje, por lo que se abandona la Fórmula Hull totalmente y se retorna a posiciones cercanas a los países del Sur. Asimismo, se incorpora posibilidad de revisión por la autoridad judicial del monto de la expropiación y la legalidad del acto expropiatorio correspondiente. Así pues, el APPRI que abre el 2023 se aleja completamente del Modelo del 2017 vigente y también de sus antecesores del 2008 y 2011. Habrá que esperar para identificar si es una señal de un nuevo cambio en el tratamiento de la figura por Colombia en los AII's o sólo un reflejo de una peculiaridad en sus relaciones económicas con Venezuela.

La escasa expresión en los APPRI's colombianos de la sistemática avanzada de los Modelos del 2008, 2011 y el vigente del 2017 en materia de expropiación indirecta y la explosión de demandas Inversionista-Estado contra ese país en años recientes, basadas en las elaboraciones de los 90's, muestra el necesario análisis sobre este tópico. Demandas conocidas por vez primera en el 2016

en un número de cuatro (4) hasta llegar a febrero del 2023 a una cifra de veinte (20) (UNCTAD), Tabla Disputas de Inversión Colombia, 2023) se ha alegado expropiación indirecta en una (1) de las concluidas: América Móvil vs La República de Colombia ICSID Caso No. ARB(AF)/16/5, y en seis (6) de las trece (13) pendientes y disponibles.

Las reclamaciones pendientes se han sustentado: una (1) en un APPRI y el resto en tres (3) Tratados con provisiones de inversiones. Textos anteriores al 2008, sólo reconocen la expropiación indirecta bajo una redacción ambigua e imprecisa, que junto a su controversial naturaleza dinamita de modo sutil la protección hacia la inversión en relación con la figura como a continuación se expone:

El APPRI entre Colombia y España proviene de la común redacción de los APPRI's de los 90 como se ha referido en líneas *ut supra*, en los que apenas se hace reconocimiento a la expropiación indirecta con la alusión a: (...) cualquier medida de efectos similares(...) (Colombia, 2005, pp. 2 y 3) sin conceptualizarla ni delimitarla, con exclusión de los presupuestos para su configuración así como de la *creeping expropriation* y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, lo que comprende un vacío que favorece que cualquier acto del Estado colombiano pueda considerársele como tal expropiatorio de modo indirecto. Por su parte, concibió la Fórmula Hull para la indemnización.

El Tratado de Libre Comercio (TLC) entre la República de Venezuela, Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia (Colombia, 1994, pp. 234 y 239) en el artículo 17.08 destinado a la expropiación, reconoce los dos tipos existentes de expropiación e identifica a la indirecta como aquella que resulta de una medida equivalente a expropiación o nacionalización sin ninguna otra conceptualización. Se afilia a la Fórmula Hull a través de la descripción del contenido de sus elementos, pero sin mencionarlos.

El TLC entre Colombia y EEUU define la expropiación indirecta como (Colombia, 2006, pp. 10-4, 10-5 y 10-29) una acción o serie de acciones que tienen efecto equivalente a la expropiación directa sin la transferencia formal del título o toma de dominio así como establece los presupuestos para que se configure a saber: impacto económico de la acción gubernamental; el grado en que la acción del gobierno interfiere con las expectativas distintas y razonables de la inversión y el carácter de la acción gubernamental. Esta redacción constituyó referencia junto a otros AII's suscritos por Colombia en esta época para el Modelo de APPRI colombiano de 2011. La redacción del numeral 3 inciso a) del Anexo 10-B del texto del Acuerdo no dispone que los presupuestos habrán de configurarse de modo conjunto para invocar la existencia de una expropiación indirecta, sino que será suficiente con probarse uno de ellos u otros inclusive no mencionados en la citada formulación para que se pueda alegar por el inversionista la precitada figura. Se vuelve a utilizar la lista *numerus apertus* concebida en el APPRI con el Reino Unido, entre otros. Concibe de igual modo de forma expresa la Fórmula Hull y la usual excepción a la expropiación indirecta.

El TLC entre Colombia y Canadá (Colombia, 2008, pp. 10, 11 y 41), bajo el artículo 811 y en particular el Anexo 811 destinado a la expropiación indirecta estableció similar sistemática que el de este tipo rubricado entre Colombia y EEUU, de modo que define la figura, incluye a la *creeping expropriation*, los presupuestos para su configuración como la excepción a la expropiación indirecta y de modo expreso la Fórmula Hull. Sobre los presupuestos, estos no habrán de configurarse de modo conjunto para invocar la existencia de una expropiación indirecta, sino que será suficiente con probarse uno de ellos, u otros no nombrados en el texto.

Dichos textos constatan que destinan una cláusula a la expropiación con un pronunciamiento general en el que se dispone los tipos que se reconocen y los más avanzados establecen la definición de la expropiación indirecta y los elementos que la caracterizan. Por otra parte, dos (2) de ellos incorporan la excepción a la expropiación regulatoria, así como presupuestos ha materializarse para su configuración, coincidiendo con el Modelo vigente solo el referido al impacto de la medida. Al mismo tiempo, todos conciben la Fórmula Hull, la que en algunas ocasiones sostienen con confusiones en sus términos.

Como se aprecia, no pocas reclamaciones se soportan en los TLC con sus derivaciones y denominaciones diversas. Aunque concebidos y dirigidos puntualmente al desarrollo del comercio entre los países, bajo la eliminación de barreras arancelarias o de otro tipo, introducción de incentivos, entre otros aspectos, incorporan cláusulas sobre inversiones como las de expropiación que constituyen una copia exacta de las dispuestas en los AII's. Por consiguiente, ante sistemática similar, las implicaciones para inversionistas y Estados no registran variaciones y el peligro de indefensión para estos últimos se confirma. Las demandas constituyen sólo una señal de una arremetida contra el país por parte de los inversionistas extranjeros, debido a la ilimitada incertidumbre en relación con la expropiación indirecta en los textos, elemento más que suficiente para una actualización y renegociación de los vigentes con una formulación más minuciosa.

Como expresa Fernández Masia (2015, p.11): (...). Una clara mejora en la definición y redacción de los estándares de protección, eliminando ambigüedades, restringiendo las posibilidades de amplias interpretaciones, ejemplificando mediante listas de conductas, incorporando la opción de interpretaciones auténticas de los términos por las partes contratantes, son mecanismos que han de ser ponderados por parte de los negociadores de los Acuerdos para su inclusión en los textos finales de éstos con el fin de dar respuesta a la extendida idea de la existencia de un desequilibrio entre inversor y Estado. Al fin y al cabo, son los Estados los que tienen exclusivamente en sus manos decidir el contenido de la protección sustancial que debe concederse a los inversores extranjeros, de plasmar dicha protección en sus Acuerdos y en sus legislaciones internas, y han de ser ellos, por lo tanto, los que si no están conformes con el resultado, han de cambiar las reglas.

En resumen, a pesar de las imprecisiones que pudieron presentar los Modelos colombianos de 2008, 2011 e incluso el del 2017 constituyen documentos base de avanzada en contraposición con sus

homólogos latinoamericanos y del mundo, A pesar de su escasa expresión en los propios APPRI's colombianos, tales formulaciones han comenzado su incorporación en los Tratados del país.

Este escenario, no es exclusivo del país andino. Mundialmente las naciones reflejan una acogida insuficiente hacia los Modelos más avanzados, sin reparar en su grado de desarrollo económico como lo demuestra el hecho que, apenas sólo cuatro (4) países de la Unión Europea (UE) exhiben Modelos novedosos y modernos¹², y aún así después de su adopción no han incorporado dichas provisiones a sus APPRI's. Por otra parte, países que carecen de Modelos muestran APPRI's a nivel de UE con pronunciamientos de este tipo. Así pues, no sorprende que la región latinoamericana muestre similar comportamiento.

IV. INCIDENCIA DEL MODELO COLOMBIANO ACTUAL EN LOS APPRI'S LATINOAMERICANOS

El Modelo Colombiano del 2017 no fue acogido completamente en los propios APPRI's de ese país, como se observó en el acápite precedente. Sin embargo, a criterio de la que suscribe la razón de que tal comportamiento no encuentre eco no se asienta en la diferencia en el grado de desarrollo de los países con los que se ha negociado, y si, en el anquilosamiento del pronunciamiento sobre expropiación indirecta del NAFTA de 1993 y la no propuesta de alternativas auténticas. Nótese, que incluso la irrupción de los textos más modernos de los Modelos no es tendencia mundial, y sólo algunos países muestran provisiones avanzadas, inclusive no introducidas de forma íntegra en sus APPRI's, a saber: Canadá, EEUU, India, Serbia, Italia, Países Bajos, Marruecos por solo mencionar algunos.

Desde la adopción de los Modelos del 2008, 2011 y hasta el vigente Modelo colombiano del 2017 no se registran cambios en relación con la expropiación indirecta en la generalidad de los APPRI's latinoamericanos, a excepción de algunos suscritos por Argentina, Perú, Chile y Uruguay de entre las dieciséis (16) naciones de la región con más de veinte (20) APPRI's suscritos. No obstante, la repercusión haya sido ínfima, romper la inercia hacia un pronunciamiento más certero sobre la expropiación indirecta constituye una luz en el camino.

Argentina, apenas en sus dos (2) APPRI's firmados en el 2018 con Japón (Argentina, 2018, pp. 11-13) y EAU (Argentina, 2018, pp. 6 y 7) modificó la formulación sobre la expropiación indirecta que habitualmente disponía e hizo converger una mezcla de las disposiciones de los Modelos del 2008 y 2011. A la par, en cada texto convencional se adicionaron cuestiones diferentes y específicas de cada uno. En ellos se definió la figura y estableció los presupuestos para que la misma se configu-

¹² Son los casos de los Modelos de Inversiones eslovaco, luxemburgués y neerlandés de 2019 e Italiano de 2022. Vid: UNCTAD. Tabla Modelos de Inversión por países, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/model-agreements>

rara. En el primero se establecieron: el impacto económico, grado de interferencia de las acciones del Estado con las legítimas expectativas del inversor y el carácter de la acción gubernamental. En el caso del segundo el impacto económico junto al objetivo y el contexto del acto gubernamental.

Al mismo tiempo, Argentina, en cuanto a la excepción a la expropiación indirecta regulatoria sostuvo una redacción más amplia que cualquiera de los Modelos colombianos, e incluyó junto a los habituales elementos, los de política económica así como medidas en las que se incluyen: las de protección a la salud pública, las referidas a los precios y suministros, el reembolso para productos farmacéuticos que incluyen a los biológicos, vacunas, equipos médicos, terapias de genes y tecnologías, entre otras. Conviene destacar que la inclusión de la política económica como excepción, probablemente se sustente en la experiencia argentina sobre las demandas por expropiación indirecta recibidas a partir de las medidas adoptadas por el Estado durante la crisis económica de 2002. De haberse contemplado en sus textos convencionales como parte de las facultades intrínsecas del Estado, se hubiese mitigado la ola de reclamaciones recibidas.

Por su parte Chile, en el último rubricado y en vigor con China (Chile, 2016, pp. 15, 16, 56 y 57), se aproxima al Modelo colombiano vigente en los contenidos que incluye sobre la expropiación indirecta, aun cuando no los establece de modo similar, y los exhibe más en una amalgama de lo establecido en los modelos colombianos de 2008 y 2011, los cuales por la fecha de su firma debieron ser referentes para la elaboración del citado Tratado. Este define la expropiación indirecta desde una mención general en el artículo sobre la expropiación en el Acuerdo, para posteriormente conceptualizarla en el Anexo al que se remite para su interpretación. Paralelamente, establece los presupuestos para su configuración y la excepción a la expropiación indirecta regulatoria, cuestiones no comprendidas en el Modelo chileno de 1994.

Los Acuerdos firmados por Perú con Canadá (Perú, 2006, pp. 14, 15 y 20), Colombia (Perú, 2007, pp. 15, 16, 61 y 62 y 20) y Japón (Perú, 2008, pp. 13, 118 y 119) muestran ser resultado de rubricar el país andino el texto con Canadá, basado en el Modelo Canadiense de 2004 y no de acoger el Modelo colombiano de 2008. Tras la firma del citado Tratado, Perú incorporó tal sistemática a los Acuerdos posteriormente suscritos como los de Colombia y Japón. En el caso del firmado con la nación asiática marcó diferencias en los presupuestos, al sustituir el carácter de la medida por las características de las medidas, incluyendo que no sean discriminatorias, redacción confusa y no precisa, pues se mezclaron condiciones que debe cumplir el acto expropiatorio con los presupuestos para que se configure la expropiación indirecta, aun cuando la pretensión haya sido referirse al carácter y no a las características de las medidas.

Uruguay muestra particularmente su proximidad con el Modelo colombiano de 2011 en cuestiones relativas a la expropiación indirecta a través de su APPRI con la República de Corea (Uruguay, 2009, pp. 4, 5 y 13) que entró en vigor el 08/12/2011. Este se desmarcó del habitual pronunciamiento lacónico sobre la expropiación indirecta de los Acuerdos suscritos por el país bajo el mero reco-

nocimiento, y remite al Anexo correspondiente donde la define e incluye los presupuestos para su configuración en una fusión de los Modelos del 2008 y 2011.

De igual modo, establece la excepción a la expropiación indirecta regulatoria. Con semejante redacción al de Corea, fueron suscritos los últimos textos con EAU y Australia en 2018 y 2019 respectivamente, que aún con la cercanía en el tiempo al Modelo Colombiano de 2017 no mostraron modificaciones al respecto y mantuvieron la redacción asumida en el de Corea. Sin embargo, se hace evidente la tendencia en el país a una mayor precisión de la expropiación indirecta en los Acuerdos de Inversión, quizás marcado por la huella de las demandas que bajo la figura ha debido afrontar el Estado Uruguayo.

Como se observa, la pálida adopción del Modelo Colombiano de 2017 en materia de expropiación indirecta refleja su no admisión como brújula para los textos de los APPRI's latinoamericanos. Posterior al 2017, América Latina ha firmado dieciocho (18) APPRI's, y solo en cinco (5) se registran elementos del Modelo colombiano del 2017, en tanto, los Tratados de inversión de la región se han afianzado a lo largo del tiempo a las redacciones imprecisas de los 90's, influenciadas por el NAFTA de 1993, lo que ha propiciado una ola de demandas contra los Estados del área por expropiación indirecta. Vislumbrar desde el presente y hacia el futuro, como algunos países han asumido desde el enfoque de reforma¹³, las clarificaciones sobre la expropiación indirecta, se delinea como una alternativa viable en la mitigación de demandas.

(Vieira Martins, 2017, p. 10) El modelo tradicional de los acuerdos de inversión (...), ha tenido efectos negativos en los países anfitriones. Entre otras críticas, sus disposiciones resultaban excesivamente onerosas para los Estados importadores de capital, particularmente cuando se trata de las necesidades específicas de los países en desarrollo. Muchas cláusulas han sido interpretadas de manera que limitan o impiden el ejercicio del derecho a regular de los Estados, y que restringen la implementación de políticas públicas legítimas. Las cláusulas sobre expropiación indirecta, por ejemplo, han permitido (...) la impugnación de políticas públicas legítimamente destinadas a proteger el medio ambiente o la salud humana ante los tribunales arbitrales. Esto sucedió, por ejemplo, en los casos iniciados por Philip Morris contra Uruguay y Australia.

La situación de exposición a litigios por expropiación indirecta es sostenida y permanente en las naciones latinoamericanas, desde la ambigüedad en los textos de los Tratados de inversión que le

¹³ Enfoques de Reforma y de Retiro asumido por los países con respecto a los AII's y que tienen implicaciones para todas las provisiones de dichos textos, incluida la de expropiación indirecta. El primero se basa en actualizar los Modelos de acuerdos de los países o adoptar o negociar textos nuevos de tratados con disposiciones diferentes a las previamente establecidas; y el segundo, sustentado en la denuncia de los APPRI's que los países tengan en vigor y el retiro de ser el caso, de la Convención de Washington. Los casos más emblemáticos del segundo enfoque son los de Venezuela, Bolivia y Ecuador.

brinda al inversionista todas las herramientas para fundamentarlo. La avalancha de reclamaciones se mueve desde no prórroga de concesiones o licencias hasta cambios del marco regulatorio.

Posterior al 2017, año en que Colombia adoptara su actual Modelo de Tratado de Inversión ha sido invocada expropiación indirecta en veinticinco (25) ocasiones en casos de Arbitrajes de Inversión en América Latina de un total de sesenta y tres (63) registrados a nivel mundial entre el 2018 y 2022 (UNCTAD, Tabla casos expropiación indirecta alegada, 2018 al 2022). En los veinticinco (25) arbitrajes mencionados, se encuentran implicados seis (6) Estados latinoamericanos (México en 6 ocasiones, Panamá y Guatemala 2 veces y una vez Granada, Costa Rica y Perú) y, fueron invocados ocho (8) Acuerdos de Inversión¹⁴ y seis (6) Acuerdos con provisiones de inversiones¹⁵, siendo justamente en estos últimos donde se acota con mayor precisión la protección contra la expropiación indirecta, no así en los APPRI's, lo que constata que aún no son percibidas por los inversionistas como suficiente las disposiciones que se establecen en estos últimos, y los Estados continúan bajo el peligro de ser demandados sistemáticamente por este particular. Nótese, que ninguno de estos textos que fuesen invocados proveían de una definición de la expropiación indirecta.

¹⁴ Los Acuerdos de inversión que en el ámbito bilateral fueron invocados fueron los siguientes: Tratado entre Granada y Estados Unidos de América concerniente a el fomento y protección recíproca de inversiones firmado el 02/05/1986; Acuerdo del Gobierno de la República Italiana y el Gobierno de la República de Panamá para la promoción y protección de inversiones firmado el 06/02/2009; Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte para la promoción y protección de inversiones firmado el 12/05/2006; Acuerdo para la promoción, fomento y protección de inversiones entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno del Reino de de los Países Bajos firmado el 13/05/1998; Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República de Singapur para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones firmado el 12/11/2009, Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Costa Rica y la República de Venezuela firmado el 17/03/1997; Acuerdo entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno del Estado de Israel para la promoción y protección recíproca de inversiones firmado el 07/11/2006 y el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Venezuela sobre promoción y protección de inversiones firmado el 12/01/1996.. *Vid.* UNCTAD, Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión por economías: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>

¹⁵ Los Tratados con provisiones de inversión invocados fueron: Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA) firmado el 17/02/1994, Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia, la República de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos firmado el 13/06/1994; Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América firmado el 22/11/2006; Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá firmado el 21/11/2008; Acuerdo de Promoción del Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América firmado el 12/04/2006.; CAFTA DR Rep Dominicana firmado el 05/08/2004, y Acuerdo de Libre Comercio entre la Comunidad del Caribe y la República Dominicana firmado el 22/08/1998. *Vid.* UNCTAD, Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreementss>

En el 2008 cuando Colombia adoptó su primer Modelo, cuarenta y cinco (45) países a nivel mundial poseían Modelos y solo tres (3) mostraron una redacción de avanzada a la par del colombiano con definición sobre la expropiación indirecta y presupuestos concebidos como el italiano del 2003, y los Canadiense y Norteamericano del 2004. De igual modo en el 2011, la cifra se incrementó a 51 con seis (6) nuevos países y aunque con reconocimiento de la figura sin progresos sobre la formulación con respecto al colombiano que si lo dispuso. Ante el Modelo del 2017 el escenario se dibujó diferente, pues las demandas Inversionista-Estado habían ido *in crescendo*, y en el momento de su adopción la cifra se había elevado a sesenta y uno (61) Modelos, con los pronunciamientos más avanzados en cuatro (4) de ellos además del colombiano: norteamericano, serbio, noruego e indio.

La posición de avanzada que Colombia fue ocupando en la regulación de la expropiación indirecta en el transcurso de los años, alejándose de la usual redacción en los Acuerdos de Inversión, se asocia a la implementación de dicho enfoque desde los Modelos, iniciadores cada uno, de redacciones progresistas no solo para la región sino internacionalmente, en los que el país se distanció de sus homólogos latinoamericanos existentes para aproximarse como en el del 2017 a los más avanzados como el Modelo Indio del 2015.

Asumir una posición proactiva ante las negociaciones que hasta ese momento había enfrentado en relación con estos Acuerdos y las experiencias de los litigios a enfrentar por el Estado colombiano desde el 2016, marcan la diferencia de Colombia con sus homólogos regionales: unos indagaron y volcaron las lecciones, otros se mantuvieron inmutables ante tales situaciones y continuaron poseídos en la misma redacción, a pesar, de las nefastas consecuencias. Similar forma de reaccionar adoptó Colombia cuando constató inconstitucionalidad de algunas de las disposiciones de sus APPRI's como los de Francia o India, dando a la luz las sentencias 252 y 254 de 2019 de su Corte Suprema.

Colombia se constituye de este modo en brújula vigente y referencia más certera para los AII's de la región en materia de expropiación indirecta, a pesar de que se constata del recorrido por los APPRI's colombianos y latinoamericanos en general, la necesidad de actualizar Modelos y APPRI's en América Latina desde la incorporación de las siguientes pautas:

1. textos inclusivos de la expropiación indirecta, donde se ofrezca una definición precisa sobre los elementos que la identificarán y no un pronunciamiento general bajo un simple reconocimiento.
2. presupuestos que coadyuven a facilitar la tipificación de la indirecta ante un caso determinado, con análisis más balanceados y justos.
3. compensación bajo un enfoque desde el Sur: indemnización apropiada, justa y equitativa. Definir los métodos para su cálculo a partir de delimitar los más viables según su nivel de desarrollo y situación económica que posea el país.

4. pronunciamiento sobre la excepción a la expropiación regulatoria delimitando los actos que en cada país se consideren bajo los poderes regulatorios del Estado. Paralelamente, tener en cuenta las experiencias a nivel mundial que puedan ser asimiladas conforme las realidades de cada nación.
5. responsabilidad social corporativa de los inversores para con el país anfitrión.

V. CONCLUSIONES

Colombia con su Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones del 2017 ocupa lugar cimero entre los más avanzados internacionalmente en materia de expropiación indirecta y muestra la posibilidad que desde la región los países latinoamericanos elaboren Tratados de inversión que procuren una perspectiva más garantista a sus intereses. Constituido en brújula, la acogida del texto del Modelo colombiano de 2017 por los APPRI's colombianos y latinoamericanos, contribuiría a mitigar algunos de los embates en Tribunales internacionales por la invocación de la figura. Sin embargo, la realidad actual evidencia que excepto algunas naciones, en determinados Tratados de inversión, la mayoría ha soslayado dicha alternativa.

De modo que, el peligro para los Estados latinoamericanos de ser demandados debido a la ambigüedad en el pronunciamiento sobre expropiación indirecta de sus APPRI's es sistemático. Revertir el panorama en América Latina en función de resguardar los intereses de cada nación conforme a su desarrollo económico y en el que se incorpore a los Tratados de Inversión: el concepto de expropiación indirecta y sus tipos; supuestos que cubre; límites, excepción a la expropiación indirecta regulatoria, entre otras, cuestiones todas tratadas en el Modelo colombiano de 2017, constituirá una máxima y desafío a enfrentar para la región.

REFERENCIAS:

- Abs, Herman y Shawcross, Hartley. (1959). Abs-Shawcross Draft Convention, International Investment Instruments: Compendium, Volume V, Non-Governmental Instruments, Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/137-volume5.pdf>
- Argentina. (2018). Acuerdo entre la República Argentina y Japón para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5799/download>
- Argentina. (2018). Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones entre la República Argentina y los Emiratos Árabes Unidos. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5762/download>
- CAITISA. (2015). Informe final de la Comisión de Auditoría Integral ciudadana de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje internacional en materia de inversiones, Eje 2, Ecuador.

- Canadá. (1988). Acuerdo de Libre Comercio entre EEUU y Canadá (FTACUS). Disponible en: <http://www.worldtradelaw.net/nafta/Cusfta.pdf.download>
- Canadá. (2004). Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2820/download>
- CIADI. (2000). Laudo No. ARB(AF)/97/01, Metalclad Corporation vs Estados Unidos Mexicanos, Disponible en: <http://www.italaw.com/documents/MetalcladAward-Spanish.pdf>
- CIADI. (2005). Laudo No. ARB(AF)/00/2, Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos, Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0855.pdf>
- Chile. (2016). Acuerdo de Inversiones entre la República de Chile y la Zona Administrativa Especial de Hong Kong de Pueblo de la República Popular China. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5413/download>
- Colombia. (2008). Modelo APPRI Colombia, Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2821/download>
- Colombia. (2011). Modelo APPRI Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3559>
- Colombia. (2017). Modelo APPRI Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6083/download>
- Colombia. (2006). Acuerdo entre la Confederación Suiza y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/803>
- Colombia. (2005). Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/802>
- Colombia. (2007). Acuerdo entre el Perú y la República de Colombia para la promoción y protección de inversiones. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/798>
- Colombia. (2008). Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República Popular China y la República de Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/720>
- Colombia. (2010). Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3253/download>
- Colombia. (2014). Acuerdo entre la República Francesa y la República de Colombia sobre el fomento y protección recíprocos de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4771/download>

- Colombia. (2017). Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre Emiratos Árabes Unidos y la República de Colombia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5668>
- Colombia. (2021). Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6373/download>
- Colombia. (2023). Acuerdo entre la República de Colombia y la República Bolivariana de Venezuela relativo a la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6951/download>
- Colombia. (1994). Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia, la República de Venezuela y los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2432/download>
- Colombia. (2006) Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2737>
- Colombia. (2008). Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2569>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2020). International Investment Agreements Reform Accelerator. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/publications/1236/international-investment-agreements-reform-accelerator>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2020). IIA Issue Note 2. Investor–State dispute settlement cases pass the 1,000 mark: cases and outcomes in 2019. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2020d6_en.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). IIA Issue Note 1. Facts on Investor–State arbitration in 2021: with a special focus on tax-related ISDS cases, Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2022d4_en.pdf
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión por países. Disponible en: <http://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión por economías. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-economy>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2022). Tabla Acuerdos Internacionales de Inversión Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/45/colombia>

- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2018 al 2022). Tabla Casos expropiación indirecta alegada. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2023). Tabla Disputas de Inversión Colombia. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/45/colombia/respondent>
- Cox, Joanne M. (2019). Expropriation in Investment Treaty Arbitration, Part II The Test for Expropriation, 6 Creeping Expropriation, Serie Oxford International Arbitration, p.142-151, Reino Unido, Oxford Legal Research Library, Disponible en: <https://olrl-ouplaw-com.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law/9780198804918.001.0001/law-9780198804918-chapter-6?print=pdf>
- Dolzer, Robert. y Schreuer, Christopher. (2012). Principles of International Investment Law, Chapter IV Expropriation, Disponible en: <https://opil-ouplawcom.peacepalace.idm.oclc.org/view/10.1093/law/9780199651795.001.0001/law-9780199651795-chapter-1?print=pdf>
- EEUU. (1993). Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA). Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2412>
- EEUU. (1982). Tratado entre Estados Unidos de América y la República de Panamá con respecto al tratamiento y la protección de inversiones. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3353>
- Esis Villarroel, Ivett. (2012). Expropiación de inversiones foráneas: potenciales litigios y arbitraje de inversión, Dirigida por: Dr. D. Carlos A. Esplugues Mota Catedrático de Derecho Internacional Privado. Tesis Doctoral, Universidad de Valencia, España, Disponible en: <https://mobiroderic.uv.es/handle/10550/24838>
- Faccio, Sondra. (2020). Expropiación indirecta en el Derecho internacional de inversiones, entre los poderes regulatorios del estado y la protección del inversor. Nápoles: Editorial científica
- Fernández, Masia, Enrique. (2015). Hacia la creación de un Tribunal Internacional de Inversiones. Diario La Ley, 8650, Universidad de la Rioja, España, pp. 1-18. <https://doi.org/dialnet.unirioj.es/servlet/articulo?codigo=5252822>
- Francia. (s/f). Modelo APPRI Francia. Disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2862/download>
- González de Cossío, Francisco. (2005). Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, pp.1-20, Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/08F1D71A-2370-4C99-AD6B-0152CFD70880/FinalDownload/DownloadId-EA7D176832F85703759475D04B220D52/08F1D71A-2370-4C99-AD6B-0152CFD70880/PDF/competencia/MEDIDAS%20ARBITRAJE%20DE%20INVERSION.pdf>

- Oficina de Información Diplomática del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Reino de España. (2022). Ficha país Colombia, Disponible en: http://exteriores.gob.es/documents/fichapais/colombia_ficja%20pais.pdf
- Perú. (2006). Acuerdo entre la República de Perú y Canadá para la promoción y protección de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>
- Perú. (2008). Acuerdo entre la República de Perú y Japón para la promoción, protección y liberalización de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1733/download>
- Paquistán. (1959). Acuerdo y Protocolo entre la República de Paquistán y la República Federal Alemana. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1387/download>
- Singapur. (2013). Acuerdo entre Singapur y la República de Colombia sobre promoción y protección de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/799/download>
- Uruguay. (2009). Acuerdo entre la República Oriental del Uruguay y la República de Corea sobre promoción y protección de inversiones. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1845/download>
- Vieira Martins, José Henrique. (2017). Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances. Boletín IISD trimestral online sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Suiza, pp. 1-28, Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/>
- Wolfgang Alschner y Dmitriy Skougarevskiy. (2017). *Mapping investment treaties.com*: Descubriendo los secretos del universo de tratados de inversión. Boletín IISD trimestral online sobre el derecho y la política de inversiones desde una perspectiva del desarrollo sostenible, Suiza, pp. 1-24, Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2016/05/16/itn-quarterly-may-2016/>