



*Artículo  
de maestría*

---



# Expropiación indirecta en los contratos de concesión



**Clara Patricia Quintero Garay\***

Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia

Recibido: 30 de julio de 2008

Aceptado: 4 de agosto de 2008

## RESUMEN

El trabajo propuesto busca establecer que cuando se da una expropiación administrativa por razones de utilidad pública o interés social para la realización de proyectos u obras de carácter ambiental, o cuando se expide una norma o acto administrativo que establece zonas de reserva o manejo ambiental de cualquier clase, o planes de manejo ambiental, se genera una expropiación indirecta de los derechos consagrados en los contratos de concesión minera para la explotación del subsuelo, existiendo un conflicto entre el interés general y los principios de igualdad de las cargas, derecho contractual de respeto a lo pactado, y el principio de legalidad que exige ley previa para llevar a cabo la expropiación.

**Palabras clave:** contratos de concesión minera, expropiación indirecta, inversión extranjera.



\* Abogada de la Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; Magíster en Administración de la Universidad de la Salle; candidata a Magíster en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; catedrática de la Universidad INCCA de Colombia en derecho administrativo especial, régimen departamental y práctica forense administrativa. Consultora independiente en temas mineros, ambientales y de ordenamiento territorial.

Correo electrónico: cquinterog@gmail.com

# Indirect expropriation in concession contracts

## ABSTRACT

The work aims to demonstrate that an indirect expropriation of rights occurs when mining concession agreements are made for subsoil exploitation. The article looks at examples such as when administrative divestiture for public utilities or for social interest is decreed to implement projects or environmental works; when any regulation or administrative action is taken determining protected areas or environment control of type; and when environmental control plans are implemented. The indirect expropriation occurs because a conflict exists between general interests and equality principles of the burdens, the contractual right of adherence to agreed upon provisions and the legality of prior legal regulations for the carrying out of such expropriation.

**Key words:** Mining concession agreements, indirect expropriation, environment protected areas, equality of burdens, contractual law.

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de Colombia de 1886 consagraba en el artículo 202 que las minas de oro, plata, platino y piedras preciosas que existían en el territorio nacional pertenecían a la nación, norma que se replicaba en el Código de Minas del Estado Soberano de Antioquia, acogido mediante la Ley 38 del 15 de marzo de 1887 por el Consejo Nacional Legislativo como Código de Minas para el territorio nacional, y en su artículo primero señalaba que las minas que existían en el territorio del Estado pertenecían: “1) a la nación las de esmeraldas y sal gema; 2) al Estado las de oro, plata, platino y cobre, y 3) al dueño del terreno, todas las demás, de cualquier clase que sean”. Posteriormente, el Decreto-Ley 2811 de 1974, en su artículo 42 establece que pertenecen a la nación los recursos naturales renovables y demás elementos ambientales que se encuentren dentro del territorio nacional, y en el Decreto-Ley 2655 de 1988 (antiguo Código de Minas) en el artículo tercero, estatuye que todos los recursos naturales renovables y no renovables de suelo o del subsuelo pertenecen a la nación en forma inalienable e imprescriptible, normatividad que es recogida por la Constitución Política de 1991 en su artículo 332, y por el artículo 5 de la Ley 685 de 2001, Código de Minas vigente que contempla que los minerales del suelo y del subsuelo pertenecen al Estado.

Tanto el Decreto-Ley 2655 de 1988, como el actual Código de Minas (Ley 685 de 2001) consagran que los particulares podrán explotar las minas y los yacimientos mineros que se encuentran en el subsuelo mediante contrato de concesión suscrito con el estado. El contrato autoriza la explotación y comercialización del mismo.

El artículo 58 de la Constitución colombiana señala que se garantiza la propiedad privada y demás derechos adquiridos conforme a la leyes civiles, pero que por motivos de utilidad pública o utilidad social puede haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.<sup>1</sup>

En desarrollo de este principio, la Ley 99 de 1993, en su artículo 107, declaró de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y el manejo del medioambiente y los recursos naturales renovables.

Señala el inciso cuarto del artículo 107 de la Ley 99 de 1993, que también son motivo de utilidad pública para la adquisición mediante enajenación voluntaria o expropiación, los bienes urbanos o rurales patrimoniales de entidades de derecho público o demás derechos que estuvieren constituidos sobre esos mismos bienes.

Cuando por razones de utilidad pública o interés social se procede a la expropiación de un bien inmueble para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y el manejo del medioambiente y los recursos naturales renovables, esta expropiación se da sobre el suelo, pues por principio el subsuelo es de la nación y, por tanto, no sería expropiable.



<sup>1</sup> La Constitución Política de Colombia de 1991 señala en su artículo 58 que: "Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

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

Pero esto plantea un problema para el titular de un contrato de concesión minera legítimamente celebrado con el Estado y vigente, en tanto ve afectado su derecho al no ser posible la explotación de los recursos naturales no renovables, a la cual el Estado ya ha accedido mediante el contrato de concesión.

El acto jurídico que decreta la explotación no tiene relación directa con el contrato de concesión, pero este acto termina vaciando de contenido los derechos adquiridos mediante el contrato.

Entonces, se puede pensar que se presenta una expropiación indirecta de los derechos contenidos en el contrato de concesión minera cuando se da la expropiación por razones de utilidad pública o interés social para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y el manejo del medioambiente y los recursos naturales renovables del bien inmueble en donde se encuentra ubicado el yacimiento.

Teniendo en cuenta lo señalado, en este artículo desarrollaré los conceptos del contrato de concesión minera y expropiación indirecta, y expondré tres casos que han sido resueltos en los tribunales de arbitramento internacional para plantear así unas conclusiones finales.

## **1. EL CONTRATO DE CONCESIÓN MINERA**

La propiedad del subsuelo en Colombia ha sido un punto estudiado y discutido por la doctrina y la jurisprudencia, y sobre el cual se han escrito numerosos artículos, pero existe en principio un consenso en que la historia sobre este debate tiene dos momentos: antes y después de la expedición de la Ley 20 de 1969. Con anterioridad a ella existían una gran vaguedad y confusión, y esta ley buscó acabar con este tipo de vacíos, precisando qué elementos y en qué condiciones el particular era propietario del subsuelo, y cuáles eran las pruebas aceptadas para configurar el derecho. Actualmente no hay duda alguna de que los recursos naturales no renovables pertenecen al Estado tal como lo preceptúa el artículo 332 de la Constitución Política de Colombia de 1991: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

El concepto de recurso natural no renovable es técnico, y parte de la economía y la ecología que lo definen como aquel que existe en can-

tidades limitadas y no está sujeto a renovación periódica por procesos naturales.<sup>2</sup>

En desarrollo del precepto constitucional actual, el actual Código de Minas, que corresponde a la Ley 685 de 2001, en su artículo 5 señala, que son de propiedad exclusiva del Estado los minerales que se encuentren en el suelo o subsuelo, sin consideración a la propiedad del terreno donde los mismos se encuentran, respetando los derechos adquiridos con arreglo a leyes preexistentes.<sup>3</sup>

El doctor Camilo Daniel Arango Castro<sup>4</sup> sostiene que los recursos naturales no renovables han de considerarse bienes fiscales, los cuales de conformidad con el artículo 674, inciso 3 del Código Civil son aquellos “Bienes de la unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes”; y el Código Fiscal (Ley 110 de 1912) enumera como bienes fiscales ciertas minas, y aquellas a que hacía referencia el artículo 202 de la Constitución Nacional de 1886, entre las que se encontraban otros tipos de yacimientos mineros.

El artículo 14 de Código de Minas indica que el contrato de concesión minera es el único que constituye, declara y prueba el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal. Este contrato no corresponde a ninguno de los tipos de contrato de concesión contemplados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que incluye los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos o para la construcción, explotación o conservación de obras públicas.

Tiene un régimen especial establecido en el capítulo quinto del título segundo del Código de Minas, y el artículo 45 lo define así:



<sup>2</sup> Véase Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>3</sup> El artículo 5 de la Ley 685 de 2001 dice: “Los minerales de cualquier clase y ubicación, yacentes en el suelo o subsuelo, en cualquier estado físico natural, son de exclusiva propiedad del Estado, sin consideración a que la propiedad, posesión o tenencia de los correspondientes terrenos, sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas con arreglo a las leyes preexistentes”.

<sup>4</sup> Sostiene también el doctor Camilo Daniel Arango que los bienes fiscales están en manos del Estado pues su uso no pertenece a todos los habitantes, y se les da un tratamiento similar al de la propiedad particular, hasta el punto que son enajenables, pero parece contradecirse en la medida en que afirma que las minas de oro, plata, carbón, etc., son bienes de uso público y por tanto no son bienes fiscales, y establece que hay una diferencia en relación con la propiedad particular o del Estado del petróleo en tanto se encuentre “in situ” o en “boca de pozo”; en el primer caso considera que es un bien patrimonial indisponible y, en el segundo, un bien fiscal. Véase Arango Castro, Camilo Daniel, *Gestión inmobiliaria en los proyectos de infraestructura. Enfoque al sector minero y petrolero*. Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2007, pp. 32-35, 112-114, 271-272.

El contrato de concesión minera es el que se celebra entre el Estado y un particular, para efectuar, por cuenta y riesgo de este, los estudios, trabajos y obras de exploración de minerales de propiedad estatal que pueden encontrarse dentro de una zona determinada y para explotarlos en los términos y condiciones establecidos en este Código. Este contrato es distinto al de obra pública y al de concesión de servicio público.

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

El artículo 49 lo define como un contrato de adhesión.

Con los artículos referidos (45 y 49 del Código de Minas) se logró superar una controversia que se presentaba con el Decreto-Ley 2655 de 1988 en la medida en que no definía qué era el contrato de concesión minera, y únicamente señalaba en su artículo 61 que era un contrato administrativo. Es así como el tratadista José Luis Aramburo<sup>5</sup> sostenía que la concesión minera era a su vez un contrato administrativo por un lado, y como tal era bilateral, oneroso y conmutativo; y por otra parte, era un permiso de explotación, que era un acto unilateral del Estado.

Hay una característica particular de este contrato y es que no transfiere, según lo expresa el artículo 15 del Código de Minas, un derecho de propiedad de los minerales *in situ*, sino un derecho al concesionario para establecer la existencia de los mismos y a apropiárselos mediante la explotación, lo que incluye la posibilidad de gravar con servidumbres mineras los predios necesarios para llevar a cabo dicha actividad.

Tenemos entonces que el contrato de concesión minera actualmente es un contrato de adhesión y, como tal, no da lugar a la negociación de sus términos, características, condiciones o modalidades; la ley aplicable en materia contractual son las disposiciones del Código de Minas y no las disposiciones generales de contratación estatal al tenor de lo enunciado en el artículo 53 del mismo estatuto; y concede un derecho a una persona natural o jurídica para llevar a cabo una actividad y apropiarse del resultado de la misma (es decir, los minerales obtenidos), durante un periodo determinado de tiempo.

Como todo contrato, conlleva derechos y obligaciones de las partes y, ante todo, el principio de respeto a lo pactado.



<sup>5</sup> Aramburo, José Luis, *Curso de derecho minero*. 3 ed., Editorial Tipografía y Litografía Favila, Bogotá, 1990, p. 59.



## 2. EL CONCEPTO DE EXPROPIACIÓN INDIRECTA

La expropiación directa es una figura jurídica que permite al Estado adquirir de manera forzosa la propiedad de los bienes de particulares mediante un acto jurídico, y el pago de la debida indemnización. Esta expropiación opera básicamente por motivos de utilidad pública e interés común.

La figura de la expropiación es considerada por el derecho nacional e internacional una figura jurídica legal y válida. Se reconoce la facultad del Estado de expropiar los bienes de los particulares siempre que se cumplan una serie de requisitos que de manera general son los siguientes:

1. Que sea por causa de interés público.
2. Que cumpla con el principio de legalidad y debido proceso.
3. Que no sea discriminatoria.
4. Que haya una compensación pronta, adecuada y efectiva.

En Colombia, el artículo 58 de la Constitución Política reconoce la propiedad privada y los demás derechos adquiridos conforme a la ley, y dice que la propiedad privada es una función social y le es inherente una función ecológica. Establece que por motivos de utilidad pública o interés social definidos por el legislador puede haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.

La ley 99 de 1993, en su artículo 107, declaró de utilidad pública e interés social la adquisición por negociación directa o por expropiación de bienes de propiedad privada, o la imposición de servidumbres que sean necesarias para la ejecución de obras públicas destinadas a la protección y el manejo del medioambiente y los recursos naturales renovables.

El capítulo III de la Ley 9 de 1979 reglamenta lo relativo a la expropiación de bienes por enajenación voluntaria y por expropiación, y el capítulo VIII de la Ley 388 de 1997 establece y reglamenta la llamada expropiación administrativa.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de diciembre de 1982<sup>6</sup> señaló que la expropiación es una enajenación forzosa, llevada a término sin y aun contra la voluntad del agente pasivo, por un acto unilateral del Estado.

El profesor Brewer-Carias expone que la expropiación requiere: la declaración de un interés público que puede ser discutido; la transferencia mediante un acto administrativo y que corresponde a una institución de derecho procesal.<sup>7</sup>

La Corte Constitucional, en sentencia C-153 de 1994<sup>8</sup> define la expropiación “como una operación de derecho público por la cual el Estado obliga a un particular a cumplir la tradición del dominio privado al dominio público de un bien, en beneficio de la comunidad y mediante una indemnización previa”.

Existen una serie de requisitos comunes tanto para la expropiación judicial como para la administrativa.

1. Un acto que declara y define los motivos de utilidad pública e interés común.
2. Un acto que verifica la existencia de los motivos en el caso particular, ordena la expropiación y fija la indemnización.
3. Autoridad judicial o administrativa que procede a hacer efectiva la expropiación.

Si bien la expropiación directa continúa presentándose, su uso es cada vez más excepcional, y en tanto en alguna medida las consecuencias y los perjuicios que la misma ocasiona están aceptablemente regulados, su aplicación no causa mayor incertidumbre.

Pero ha venido cobrando cada vez más fuerza la figura de las expropiaciones indirectas, llamadas también de facto. En principio este tipo de expropiación exige los mismos requisitos que la expropiación directa. Pero no es éste el punto esencial en este tema. Lo realmente



<sup>6</sup> República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 2 de diciembre de 1982, proceso 1001 113 E. Publicada en la revista *Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XII, núm. 131, Bogotá, 1983, pp. 106 y ss.

<sup>7</sup> Álvaro Tafur Galvis et ál., *Expropiación, nacionalización y privatización. Derecho constitucional y administrativo, en la Constitución Política de Colombia*, 1 ed., Ediciones Rosaristas y Biblioteca Jurídica DIKE, Bogotá, 1997, p. 107. Citado por Gustavo Penagos.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

importante es establecer qué se entiende por expropiación indirecta. El doctor Francisco González Cossio habla de medidas equivalentes a expropiación<sup>9</sup> y cita los siguientes ejemplos:

- I. Pérdida de control, aún sin que medie la privación de propiedad.
- II. Pérdida de beneficios económicos, cuyos efectos son iguales a una expropiación directa.
- III. Que con un conjunto de actos se obtenga ese resultado, aunque en forma aislada no se busque el mismo.
- IV. Regulación expropiatoria.

Consideremos como concepto de partida que la expropiación indirecta es una intervención del Estado sobre el uso o la destinación que un inversionista –nacional o extranjero– realiza sobre su inversión, lo que puede conllevar la disminución del valor o el goce de la inversión. Hay una erosión del derecho de propiedad con la intervención del Estado. Se vacía de contenido el derecho del particular.

Es claro que cuando se cumplen los requisitos de ley, y hay una transferencia de la propiedad estamos ante una expropiación directa, pero cuando por un acto o una serie de actos del Estado, sin que haya transferencia de la propiedad, se afecta el derecho del inversionista, para nuestro caso el titular del contrato de concesión minera, se habla de expropiación indirecta.

Se observa entonces que la expropiación indirecta se entiende normalmente también como expropiación regulatoria o *creeping expropriation*. Su origen está en la intervención del Estado mediante actos propios que conllevan un perjuicio al inversor nacional o extranjero.

El tema de las expropiaciones indirectas o regulatorias no es nuevo. La Quinta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos de Norteamérica en materia de expropiación señala que “nor shall private property be taken for public use without just compensation”, conocido en inglés como “regulatory takings”.

En épocas recientes, William Fischel ha dicho que “el aspecto más controvertido de las expropiaciones se presenta cuando el gobierno esta-



<sup>9</sup> González de Cossio, Francisco, *Revista Internacional de Arbitraje*, Vol. IV, Bogotá, 2006.

blece o altera una regulación que genera una declinación o reducción en el valor de algunas propiedades".<sup>10</sup>

En Colombia, el tema de la expropiación indirecta empieza apenas a ser tratado por algunos inquietos en derecho internacional, pero no existe jurisprudencia ni doctrina nacional específica sobre el mismo, y solamente algunas referencias en artículos periodísticos que tienen relación con el tratado de libre comercio con Estados Unidos, y muy limitadas referencias en conceptos de entidades estatales que simplemente mencionan y se refieren éste sin mayor profundidad.

Por ello debemos acudir al derecho internacional, y nada mejor que los fallos que se han dictado en arbitramento internacional de inversiones por parte del Centro Internacional de Arbitraje de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), creado por el convenio de Washington de 1965, y en el ámbito del Banco Mundial.

El Ciadi se ha pronunciado en diferentes oportunidades en relación con diferencias en las cuales los inversionistas sostienen la existencia de una expropiación indirecta causada por una actuación del Estado que acogió la inversión.

Para el presente caso nos remitiremos a tres laudos arbitrales relacionados con expropiación indirecta. Cabe recordar que en estos casos se habla de un inversionista extranjero que considera afectada su inversión por una serie de actos o hechos del Estado receptor de la inversión, y por ello demanda ante un Tribunal Internacional.

Los tribunales de arbitramento se han pronunciado en varias oportunidades sobre controversias originadas en la figura de la expropiación indirecta en cualquiera de las modalidades mencionadas por el profesor Francisco González Cossio. Es fundamental tener en cuenta que en esos casos, en principio, no se ha dado la pérdida por parte del inversionista de sus activos o inversión, sino que se ha presentado una pérdida de control o una pérdida en su inversión.

Lógicamente, el primer caso al que haré mención, por ser el referente principal, es el llamado Laudo del Centro Internacional de Arbitraje



<sup>10</sup> Fischel, William A., "Takings and Public Choice: The persuasion of Price", en Charles Rowley (ed.), *The Encyclopedia of Public Choice*, 2002. Una interesante crítica a la obra de Fischel, *Regulatory Takings: law, Economics and Politics*, Harvard University Press, New York, 1995, se encuentra en Eagle, Steven J., *The Cato Journal*, Vol. 15, núm. 2-3.

de diferencias relativas a inversiones Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, caso ARB(AF)/97/1 del 30 de agosto de 2000.<sup>11</sup>

Este caso involucró la inversión de Metalclad Corporation, sociedad constituida bajo las leyes de Delaware, Estados Unidos, en el Estado de San Luis de Potosí, México. Su finalidad era desarrollar y operar una planta de residuos peligrosos en el Valle de la Pedrera, ubicado en Gualdalcazar, San Luis de Potosí.

Coterin, sociedad mexicana cuyas acciones pertenecían a Metalclad, obtuvo los permisos para construir y operar la planta de residuos peligrosos, pero posteriormente el municipio ordenó la suspensión de la obra, por cuanto no contaban con una licencia de construcción, competencia del municipio. Metalclad argumentó que cuando pidieron todos los permisos necesarios se les informó que los únicos obligatorios eran los federales, pero una vez presentada la situación descrita, les indicaron que solicitaran el permiso, que era un requisito de trámite, el cual se otorgaría sin problema alguno.

Metalclad solicitó el permiso, continuó la construcción, y obtuvo un permiso federal del Instituto Federal de Ecología para dicho fin. Cuando ya estaba próxima a finalizar la construcción, se negó el permiso de construcción por parte del municipio, argumentando que la empresa había iniciado construcción antes de haber cumplido con el requisito.

Metalclad solicita, con base en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), la constitución de un Tribunal de Arbitramento, alegando la violación al artículo 1105 referente al nivel mínimo de trato y del artículo 1110 referente a la expropiación por la actuación del gobierno mexicano. Sostenían sus representantes que esa negación, y la expedición del decreto que declaraba como reserva ecológica un área que incluía las instalaciones de la planta, no permitían –mejor prohibían de facto– la utilización de la inversión.

El Tribunal consideró que el gobierno mexicano había violado el TLCAN en dos aspectos fundamentales: el deber de transparencia y la prohibición de expropiación.



<sup>11</sup> Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos, caso ARB(AF)/97/1 del 30 de agosto de 2000.

En relación con el deber de transparencia dijo el Tribunal que el gobierno mexicano no aseguró un marco transparente y predecible para la planeación e inversión de la empresa. Hubo ausencia de una regla clara en relación con la exigencia o no de la licencia de construcción, y no existió un proceso ordenado y respetuoso de los términos en relación con el inversionista, quien actuó bajo la expectativa de que sería tratado de forma justa y equitativa de acuerdo con el TLCAN.<sup>12</sup>

En cuanto hace referencia a la expropiación sostiene el Tribunal que México había violado el artículo 1110 del TLCAN, en tanto la expropiación sólo se permite por causas de utilidad pública, en forma no discriminatoria, con base en el principio de legalidad y mediante el pago de una compensación. Se consideró que había una violación en tanto había una interferencia que privaba al propietario de los beneficios de su inversión y que, además, el decreto que declaraba la reserva natural no permitía a Metalclad hacer uso de su inversión de manera permanente, lo que efectivamente constituía una medida equivalente a una expropiación. El tribunal otorgó a Metalclad una indemnización por daños y perjuicios por US\$16'685,000.00.

El gobierno mexicano consideró que el criterio del Tribunal no era correcto en cuanto había excedido las competencias del Tratado, y solicitó la anulación del Laudo ante la Suprema Corte de British Columbia (la "Corte de BC") (Vancouver era la sede del arbitraje).

El gobierno mexicano argumentó que se habían excedido las competencias: a) al utilizar las disposiciones sobre transparencia como el fundamento para determinar una violación al artículo 1105, y b) al excederse en el ámbito de las disposiciones de transparencia contenidas en el TLCAN al haber creado nuevas obligaciones de transparencia.

La Suprema Corte de British Columbia determinó que el ámbito del laudo excedió el sometimiento al arbitraje (que estaba limitado a las fronteras del capítulo XI del TLCAN) y por ende *parcialmente* anuló el mismo. Al hacerlo la Corte consideró que, en tanto el Tribunal Arbitral del TLCAN está circunscrito al derecho contenido en el capítulo XI, al tomar su decisión con base en disposiciones contenidas fuera de él, específicamente, el objetivo de transparencia ubicado en el capítulo I del TLCAN, el Tribunal emitió un laudo excediendo su competencia (*ultra petita*). Sin embargo, consideró la Corte que el decreto de Reserva



<sup>12</sup> *Ibíd.*, párr. 88 y 99.

Ecológica dictado por el Estado de San Luis de Potosí era equivalente a una expropiación en la medida en que el Tribunal en su estudio, para este punto, no incluyó el análisis de transparencia.

El siguiente laudo en referencia es el del caso Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca contra el gobierno de México. La controversia surge por un contrato de concesión para la recolección y eliminación de basura otorgado por el ayuntamiento de Naucalpan, Juárez, por un término de 15 años en 1993 a favor de la Empresa Desechos Sólidos de Naucalpan S.A. de C.V. (Desona) cuyos socios eran los demandantes.

Desona reemplazaría el equipo de recolección por uno más moderno, la inversión total se cercaba a unos 20 millones de dólares, de los cuales el 50% correspondía al equipo de recolección. Una vez aprobado el proyecto en el Ayuntamiento empieza su funcionamiento. Pero en 1994, la Concesión es revocada por el gobierno mexicano por cuanto la empresa en su concepto no había cumplido con lo pactado. Desona interpuso los recursos de ley ante los tribunales mexicanos que consideraron que el gobierno no incurrió en violación de la ley y la revocatoria de la concesión era legal.

Desona solicita, con base en el capítulo XI del TLCAN, la constitución de un Tribunal de Arbitramento alegando la violación al artículo 1105 referente al nivel mínimo de trato, y al artículo 1110 referente a la expropiación por la actuación del gobierno mexicano. La sede del arbitraje fue Toronto, Canadá. Se pide como indemnización 20 millones de dólares alegando que el Ayuntamiento de Naucalpan revocó ilegalmente el contrato de concesión.

El gobierno mexicano argumenta que el contrato fue revocado por la incapacidad de la empresa para cumplirlo, y que en el proceso se probó que la empresa había incurrido en falsedades para obtener la firma del mismo.

El laudo se emite el 1 de noviembre de 1999 y se resuelve a favor del gobierno de México, en tanto se considera que los demandantes no prueban la violación de los artículos 1105 y 1110 del TLCAN, y no refutaron las pruebas y los argumentos del gobierno mexicano. El Tribunal consideró que los hechos y los argumentos de los inversionistas no pudieron demostrar que la terminación de la concesión, la cual fue realizada con base en las causales legales de invalidez y rescisión, generaran responsabilidad, que el actuar de los tribunales mexicanos en este caso no tenía reproche alguno y que, además, México demos-

tró que los inversionistas engañaron a las autoridades acerca de su capacidad de realizar la labor asignada.

En el caso de Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra Estados Unidos Mexicanos el demandante comenzó un procedimiento arbitral bajo el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España reclamando que su inversión, consistente en un confinamiento de residuos peligrosos, había sido expropiada indirectamente como resultado de la negativa por el Instituto Nacional de Ecología (INE) de renovar la autorización para operar el confinamiento.

El demandante sostiene que en la compra de una serie de bienes e inmuebles, realizada por la Empresa a la Promotora Inmobiliaria del Ayuntamiento de Hermosillo, Organismo Público Descentralizado Municipal (Sonora-México), estaban incluidas no solo propiedades y bienes sino también los permisos de las autoridades locales y federales para la operación del confinamiento de residuos peligrosos. La demandada sostiene que promotora solo vendió bienes muebles e inmuebles, pero no incluía ningún tipo de permiso o licencia para el confinamiento.

El demandante consideró violados los artículos relacionados con la promoción y admisión de inversiones, protección a las inversiones, trato justo y equitativo, tratamiento más favorable, trato nacional y prohibición de expropiación del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de Inversiones firmado entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos.

En cuanto hace referencia a la expropiación la demandante alega que cuando no se renovó la autorización para el confinamiento de residuos peligrosos conocido como las Víboras, mediante la Resolución del INE del 25 de noviembre de 1998, se causaron daños y perjuicios, y vincula este acto expropiatorio a conductas anteriores de las autoridades locales y federales, que facilitaron o prepararon el acto expropiatorio del Instituto Nacional de Ecología (INE). Esta Resolución priva a Cytrar, empresa propiedad de Tecmed S.A., del uso y goce de los inmuebles y muebles, y pone fin al negocio del confinamiento de residuos peligrosos, y cuando no se renovó la autorización se privó al demandante de los beneficios y la utilidad económica de su inversión.

La demandada sostuvo que el INE estaba dotado de facultades discrecionales para otorgar autorizaciones y negar licencias, que estos ac-



tos están enmarcados en el derecho interno y no en el internacional, y que la Resolución es una actividad legítima del estado y no causó expropiación alguna.<sup>13</sup>

El Tribunal, en este caso, acude al concepto de expropiación de facto referido en el laudo *Metalclad vs. México*, donde se establece que la expropiación de facto se da en situaciones en que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado. Señala el Tribunal que 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.<sup>14</sup>

Consideró el tribunal que en relación con los efectos de la Resolución se da la no renovación de la autorización y el cierre del confinamiento, y se impide la utilización del predio. Se dio término al valor económico asociado a esa actividad comercial y los bienes afectados a ella, y se concluye que la Resolución es asimilable a una expropiación conforme al artículo 5(1) del Acuerdo; en cuanto a sus características no considera que un acto administrativo regularorio per se fuera del ámbito de aplicación de la expropiación, pues el impacto económico puede ser de tal magnitud en el inversor que la utilidad económica está neutralizada y el inversor debe ser compensado.

En relación con las demás reclamaciones, el tribunal consideró violada la garantía de trato justo y equitativo. El laudo dictó una condena por daños y perjuicios que ascendió a US\$5,533,017.12 más intereses a partir de noviembre de 1998.

Después de realizado el análisis de los tres laudos referidos encontramos cómo medidas que en apariencia son legítimas pueden ser consideradas por los tribunales como expropiatorias, teniendo los gobiernos entonces que entrar a compensar a los inversionistas afectados; se

---

<sup>13</sup> Laudo *Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos*, caso ARB (Af)/00/2.

<sup>14</sup> Ídem.

observa una tendencia a considerar el concepto de expropiación de manera más amplia.

Uno de los temas fundamentales en lo relativo a la prohibición de expropiación es el referido a los poderes regulatorios del Estado. En derecho internacional se ha considerado tradicionalmente que cuando un Estado actúa de manera no discriminatoria, buscando proteger bienes públicos como el medioambiente, la salud o los intereses relativos al bienestar público, se entiende que esas acciones estaban fuera del concepto de expropiación. Si contrariamente la actuación es discriminatoria y no busca la protección de intereses generales o sociales se considera que hay una expropiación con derecho a compensación por parte del inversor.<sup>15</sup>

En los tres casos estudiados se puede concluir que los tribunales analizan tres diferentes tipos de actos del Estado. En el caso de Metalclad se consideró que por cuanto el municipio había negado un permiso de construcción, y con la expedición de un decreto de reserva ecológica que impedía la realización de la actividad, se produjo una expropiación regulatoria. En el caso de Robert Azinian se consideró que no había una violación al artículo 1110 del TLCAN, en cuanto lo que existió fue un incumplimiento contractual y la argumentación fue inadecuada. Para el caso de Tecmed es necesario resaltar la diferencia planteada por el tribunal en relación con la expropiación de facto y la expropiación regulatoria o *creeping*. Dice el Tribunal que:

Una expropiación de esta naturaleza no necesariamente tiene que manifestarse de forma gradual o creciente —en ese sentido, el término *creeping* alude a un solo tipo de expropiación indirecta— y se puede manifestar a través de un solo y único acto, o a través de actos muy próximos en el tiempo simultáneamente. Por este motivo se deben diferenciar los conceptos de *creeping expropriation* y expropiación de facto, por más que corrientemente se les englobe bajo la noción más amplia de “expropiación indirecta” y que ambas formas de expropiación puedan configurarse a través de un amplia variedad de actos o medidas, cuyo examen circunstanciado en cada caso concreto solo permitirá concluir si alguna de tales formas se encuentra presente.<sup>16</sup>

Para este último caso el Tribunal consideró que la medida equivalente a expropiación era violatoria del tratado puesto que las circunstancias fácticas que la motivaron no justificaban una medida tan drástica



<sup>15</sup> Mann, Howard, Guía realizada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. Publicada por el Instituto Internacional de Desarrollo Sustentable, Cánada 2001, p. 36. Disponible en [www.iids.org/pdf/trade\\_citizensguide.es.pdf](http://www.iids.org/pdf/trade_citizensguide.es.pdf)

<sup>16</sup> Laudo Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos, caso ARB (Af)/00/2 párr. 114.

como la no renovación de la autorización. Es decir, no existió *proporcionalidad* entre las circunstancias y la medida jurídica. Los hechos involucraron ciertas infracciones a la autorización inicial para operar, que no podían razonablemente justificar la anulación de los beneficios económicos de la inversión. El tribunal sostuvo que las *verdaderas* razones que motivaron la resolución eran los disturbios sociales que la inversión generaba.

## CONCLUSIONES

Los inversionistas, tanto extranjeros como nacionales, buscan la protección y seguridad de su inversión a través de diferentes mecanismos: contractuales o convencionales en los ciclos y las crisis económicas, mecanismos que no siempre cuentan con una norma jurídica que garantice dicha estabilidad. Se habla entonces del “riesgo político” en contraposición al término de “riesgo económico”, entendido como la pérdida de valor de una inversión por razones diferentes a las económicas y netamente empresariales. El “riesgo político” está en la posibilidad de que las autoridades de un Estado adopten medidas jurídicas o políticas que son perjudiciales para el inversionista y pueden hacer perder valor a su inversión.

Hay una serie de coberturas ante el “riesgo político” que son convencionales, como por ejemplo seguros de riesgo que ofrece la Sociedad Española de Seguros de Crédito a la exportación (Cesce), y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (Minga).<sup>17</sup>

Ante el hecho y la necesidad que tienen los Estados de captar inversión extranjera directa y garantizar la competitividad en el mercado mundial se ha incrementado la celebración de tratados internacionales de inversión (BIT), siendo considerados como mecanismos de promoción de la inversión extranjera. Mediante estos Acuerdos los Estados partes asumen en forma recíproca, y ante los inversores del otro Estado Parte, una serie de compromisos de diferente índole:

- Tratamiento, promoción y protección de las inversiones de las empresas o personas nacionales del otro Estado parte.



<sup>17</sup> La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (Minga) fue creada en el contexto del Banco Mundial por la Convención de Washington del 11 de octubre de 1985.

- Protección contra las medidas de expropiación para los inversores del otro Estado, a menos que se den ciertas causales específicas, y siempre con compensación.
- Libre transferencia de las rentas obtenidas por las inversiones y posibilidad de repatriar el capital invertido.
- Mecanismos de solución de conflictos.

Colombia ha firmado y tiene en vigencia algunos de estos acuerdos, y todos ellos consagran la prohibición de expropiación directa o indirecta (cláusula que también incluye el texto del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de Norteamérica, que aún no se ha firmado). Tres de ellos son los acuerdos firmados con Perú, Guatemala y España, a los cuales me referiré a continuación brevemente para ver las controversias que podrían originarse en caso de que se llegare a presentar una expropiación indirecta.

El Acuerdo para la Promoción y Protección recíproca de inversiones entre los gobiernos de la República de Colombia y la República de Guatemala entró a regir el 6 de junio de 2006 y consagra los principios de promoción de las inversiones del inversionista extranjero, protección de las mismas, tratamiento justo y equitativo, y plena protección y seguridad. En su artículo séptimo consagra lo relativo a expropiación e indemnización, señalando que las inversiones de los inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte no serán sometidas a nacionalización, expropiación directa o indirecta, o medida similar, excepto por motivos constitucionales, con el debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria, de buena fe y acompañada de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y señala que los motivos son para el caso de Colombia la utilidad pública y el interés social, y para la República de Guatemala la utilidad colectiva, el beneficio social o el interés público.<sup>18</sup>



<sup>18</sup> República de Colombia-República de Guatemala, Acuerdo de protección de promoción y protección de inversiones, "Artículo VI. Expropiación e indemnización 1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación directa o indirecta, ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante "expropiación") excepto por los motivos expresamente previstos en las Constituciones de las Partes Contratantes, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria, de buena fe y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. Los motivos indicados en el párrafo anterior son: a) para el caso de la República de Colombia: utilidad pública o interés social; y b) para el caso de la República de Guatemala: utilidad colectiva, beneficio social o interés público.

2. Las Partes Contratantes desean hacer notar que de conformidad con los artículos 336 y 365 de la Constitución Política de Colombia, el Estado colombiano podrá establecer monopolios o reservarse actividades

Para el caso de España y Colombia se firmó el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones que entró en vigencia el 22 de septiembre de 2007. Contiene, como todos estos acuerdos, las cláusulas de promoción de las inversiones, trato nacional y cláusula de la nación más favorecida, y en su artículo 4 lo relativo a la nacionalización y expropiación donde señala que las inversiones de inversionistas de una parte contratante no serán sometidas a nacionalización o expropiación, o medidas similares, excepto por razones de interés público o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de forma no discriminatoria y acompañada de una indemnización pronta, equitativa y efectiva.<sup>19</sup>



estratégicas que priven a un inversionista de desarrollar una actividad económica, siempre y cuando sea por motivos de utilidad pública o interés social. En estos eventos, el inversionista recibirá una indemnización pronta, adecuada y efectiva, bajo las condiciones previstas en el presente artículo.

3. Las Partes Contratantes entienden que: a) la expropiación indirecta 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 del derecho de propiedad; b) la determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte Contratante constituye expropiación indirecta, exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando: i) el impacto económico de la medida o de la serie de medidas. En todo caso, el simple hecho de que la medida o la serie de medidas genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión, no implica que haya expropiación indirecta; y ii) el alcance de la medida o serie de medidas y su interferencia sobre las expectativas distinguibles y razonables de la inversión. c) No constituyen expropiación indirecta las medidas no discriminatorias de una Parte Contratante, que son diseñadas y aplicadas con fundamento en la utilidad pública o el interés social o que tengan objetivos tales como la salud pública, la seguridad y la protección del medioambiente; excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas son tan severas a la luz de su objetivo, que no pueden ser razonablemente percibidas como resultado de una adopción de buena fe.

4. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante "fecha de valoración").

5. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se pagará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible.

6. De la legalidad de la medida y del monto de la indemnización se podrá reclamar ante las autoridades judiciales de la Parte Contratante que la adoptó; lo anterior sin perjuicio de los recursos administrativos procedentes según la legislación de cada Parte Contratante.

7. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo de los ADPIC de la OMC no puede ser cuestionada bajo las disposiciones de este artículo".

<sup>19</sup> Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia para la promoción y protección recíproca de inversiones, 31 de marzo de 2005: "Artículo 4. Nacionalización y expropiación 1. Las inversiones de inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante "expropiación") excepto por razones de utilidad pública o interés social, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 2. La indemnización será equivalente al justo valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de adoptar la medida de expropiación o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante "fecha de valoración"). 3. El valor justo de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora injustificada, será efectivamente realizable y libremente transferible. 4. El inversionista afectado

Pero aunque pudiera pensarse que estos Acuerdos de protección de inversiones son una tendencia reciente encontramos, para el caso de Colombia, el Acuerdo de Protección de inversiones firmado con la República de Perú que data del 26 de abril de 1994, con un Acuerdo Modificatorio del 7 de mayo de 2001. Este Acuerdo consagra las cláusulas previamente mencionadas de promoción y protección a la inversión, trato justo y equitativo, trato nacional y cláusula de nación más favorecida, repatriación de capitales y ganancias de las inversiones y, por supuesto, la prohibición de nacionalización, expropiación o medidas equivalentes a menos que sean expedidas por motivos constitucionales, con el respeto del debido proceso y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.<sup>20</sup>



tendrá derecho, de conformidad con la Ley de la Parte Contratante que realice la expropiación, a la pronta revisión, por parte de la autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de dicha Parte Contratante, de su caso para determinar si la expropiación y la valoración de su inversión se han adoptado de acuerdo con los principios establecidos en este artículo. 5. Si una Parte Contratante expropiara los activos de una empresa que esté constituida en su territorio de acuerdo con su legislación vigente y en la que exista participación de inversionistas de la otra Parte Contratante, la primera Parte Contratante deberá asegurar que las disposiciones del presente artículo se apliquen de manera que se garantice a dichos inversionistas una indemnización pronta, adecuada y efectiva. 6. Las Partes Contratantes podrán establecer, de conformidad con la ley y por razones de utilidad pública o interés social, monopolios que priven a un inversionista de desarrollar una actividad económica. El inversionista recibirá una indemnización pronta, adecuada y efectiva, bajo las condiciones previstas en el presente artículo. 7. Las Partes Contratantes confirman que la expedición de licencias obligatorias en desarrollo de lo dispuesto en el Acuerdo de los ADPIC de la OMC no puede ser cuestionada bajo las disposiciones de este artículo”.

<sup>20</sup> Tratado de protección de inversiones firmado entre Colombia y Perú, 26 de abril de 1994: “Artículo 7. Expropiaciones y medidas equivalentes.

1) Las inversiones de nacionales o empresas de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra Parte Contratante, a:

a) Nacionalización o medidas equivalentes, por medio de las cuales una de las Partes Contratantes tome el control de ciertas actividades consideradas estratégicas de conformidad con su legislación interna, o servicios, o b) cualquier otra forma de expropiación o medidas que tenga un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo a ley, de manera no discriminatoria por motivos expresamente establecidos en las constituciones políticas respectivas, y que se señalen en el Ad artículo (7) (I) del Protocolo adjunto, relacionados con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

2) La compensación por los actos referidos a los párrafos (1) (a) y (b) de este artículo, de conformidad con los principios del derecho internacional, ascenderá al valor genuino de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o antes de que las medidas inminentes fueran de conocimiento público, lo que ocurra primero. Deberá incluir intereses hasta el día del pago, deberá pagarse sin demora injustificada, ser efectivamente realizable y ser libremente transferible de acuerdo con las reglas estipuladas en el artículo 6 sobre repatriación de capitales y ganancias de las inversiones, siempre y cuando aún en caso de dificultades excepcionales de la balanza de pagos se garantice la transferencia de por lo menos una tercera parte anual.

3) El nacional o empresa afectado tendrá derecho, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante que adopta la medida pertinente, a un revisión pronta, por parte de una autoridad competente de esa Parte Contratante, de su caso y de la valoración de su inversión conforme a los principios establecidos en los párrafos (1) y (2) de este artículo. 4) Si una Parte Contratante adopta alguna de las medidas referidas en los párrafos (1) (a) y (b) de este artículo, en relación con los activos de una empresa incorporada o constituida de acuerdo con la ley vigente en cualquier parte de su territorio, en la cual nacionales o empresas de la otra Parte Contratante son propietarios de acciones, debe asegurar que las disposiciones de los párrafos (1) al (3) de este artículo se apliquen de manera que garanticen una compensación pronta, adecuada y efectiva con respecto a la inversión de estos nacionales o empresas de la otra Parte Contratante propietarios de las acciones. 5) Nada

Se concluye así que la cláusula relativa a nacionalización, expropiación y medidas equivalentes prácticamente es la misma en los acuerdos de promoción y protección de las inversiones celebrados por Colombia, cláusula que sigue la tendencia general de prohibir este tipo de instituciones jurídicas a menos que cumplan con los requisitos ya referidos, y siempre con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Los Tribunales de Arbitramento Internacional, como vimos previamente, en los casos de expropiación han centrado su análisis más en el resultado que en la forma o figura jurídica propiamente dicha. Si la inversión se ha visto tan afectada que el inversionista no pueda funcionalmente obtener los beneficios de la misma se considera que hay expropiación. Dicho de otra manera, los tribunales generalmente hacen un “análisis de los efectos” para considerar si están en presencia de una “medida equivalente a expropiación”. En algunos casos las medidas tomadas han sido de carácter regulatorio ambiental, lo cual no ha sido óbice para considerar la existencia de una expropiación regulatoria con todas sus implicaciones como es el pago de la compensación.

El Estado y su administración deberán estudiar con más cuidado la expedición de sus actos, cuando ellos afecten a los inversionistas a tal punto de impedir el disfrute de su inversión, pues estos pueden conllevar una expropiación indirecta cuyas consecuencias económicas para el Estado son realmente considerables.

En el caso colombiano hay una serie de actuaciones del Estado, en sus diferentes órdenes, que pueden conllevar una expropiación indirecta, como es el caso de las leyes o los actos administrativos que decretan zonas de reserva ambiental y ecológica, y sus respectivos planes de manejo que de manera general impiden la realización de actividades económicas en esas zonas; como sería el caso del desarrollo de actividades mineras en cumplimiento de un contrato de concesión minera; o cuando se decreta la expropiación directa de un inmueble sin haberse estudiado con detenimiento la existencia de contratos, concesiones, permisos y licencias para el desarrollo de actividades lícitas y económicamente viables cuyos titulares pueden alegar la existencia de expropiaciones indirectas que conllevarían las indemnizaciones correspondientes.



de lo dispuesto en este Convenio obligará a cualquiera de las partes Contratantes a proteger inversiones de personas involucradas en actividades criminales graves”.



El tema de expropiación indirecta es nuevo en nuestro país, y nos encontramos ante un desconocimiento casi que generalizado por parte de los funcionarios públicos del mismo. Este desconocimiento, sumado a la tendencia a la expedición de actos administrativos por niveles intermedios de la administración podrían conllevar el pago de indemnizaciones millonarias por parte del Estado a inversionistas que argumenten la existencia de expropiaciones indirectas.

El desarrollo, la profundización y el estudio de este tema es esencial en estos momentos en que cada día nos encontramos con mayor frecuencia la celebración de acuerdos de protección y promoción de inversiones con otros Estados, acuerdos que en principio contemplan la cláusula de prohibición de expropiación de inversiones; pero la protección no solamente debe ir en relación con los inversionistas extranjeros, sino del inversionista nacional que firma un contrato de concesión minera con el convencimiento y la seguridad de que podrá ejecutarlo a cabalidad, y de que la otra parte del contrato, es decir, el Estado, cumplirá con sus obligaciones y una de ellas es permitirle la realización de su actividad en los términos en que ha sido firmado el contrato que, además, al ser un contrato de adhesión fue el mismo Estado quien fijó los términos y las condiciones para su realización.

## BIBLIOGRAFÍA

- Amaya Navas, Óscar Darío, *La constitución ecológica de Colombia. Análisis comparativo con el sistema constitucional latinoamericano*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Aramburo, José Luis, *Curso de derecho minero*, 3 edición. Bogotá, Tipografía y Litografía Favila, 1990.
- Arango Castro, Camilo Daniel, *Gestión inmobiliaria en los proyectos de infraestructura. Enfoque al sector minero y petrolero*. Bogotá, Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Arias Mejía, Gerardo, *Lecciones sobre derecho minero colombiano*. Medellín, Ediciones Siglo XXI, 1943.
- González de Cossio, Francisco, Medidas equivalentes a expropiación en arbitrajes de inversión. *Revista Internacional de Arbitraje*, Vol. IV. Universidad Externado-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, enero-junio, 2006, pp. 144 a 177.



- Lozano Corbi, Enrique, *La expropiación forzosa por causa de utilidad pública y en interés del bien común en el Derecho Romano*. Zaragoza, Mira Editores, 1994.
- Masiá Fernández, Enrique, Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras. *Revista Internacional de Arbitraje*, Vol. VII. Universidad Externado-Comité Colombiano de Arbitraje-Legis, julio-diciembre, 2007, pp. 10-65.
- Quintero Garay, Clara Patricia, Expropiación regulatoria. Trabajo de clase para la materia inversión y arbitraje del doctor Federico Godoy en la Maestría de Derecho Administrativo. Bogotá, Universidad del Rosario, 2007. Inédito.
- República de Colombia, Constitución Política de Colombia. Bogotá, Temis, 2008.
- República de Colombia, Código de Minas. Bogotá, Leyer, 2007.
- República de Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 2 de diciembre de 1982, proceso 1001 113 E. *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, tomo XII, núm. 131, 1983.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-221 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-153 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-006 de 1993, Sala Plena, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, C. P. Olga Inés Navarrete Barrero. Expediente: 5805
- República de Colombia, Consejo de Estado, Sección Primera, Sala de lo Contencioso Administrativo, C. P. Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente: 5256
- Ruiz Cano, Jesús Aníbal, *Enajenación voluntaria y expropiación por vía administrativa*, 1 edición. Medellín, Librería Jurídica Sánchez, 2007.
- Rodríguez Rodríguez, Libardo, *Derecho Administrativo: general y colombiano*. Bogotá, Temis, 2005.
- Tafur Galvis, Álvaro et ál., Derecho constitucional y administrativo, en *La Constitución Política de Colombia*, 1 edición. Bogotá, Ediciones Rosaristas, Biblioteca Jurídica Dike, 19997.
- Universidad del Rosario, *Propiedad, conflicto y medioambiente*. Bogotá, Colección Textos de Jurisprudencia, Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

