

Pontificia Universidad Javeriana – Cali
Caso difícil en contextos globalizados
Maestría en Derecho Empresarial

Elaborado por: Angela Castro Velasco

I. NARRATIVA DEL CASO HIPOTÉTICO

1. LAS PARTES:

- 1.1. EuroLitio Suiza es una empresa que se encuentra en Suiza, se dedica a la explotación de minas de litio para proveerlo a compañías dedicadas a la manufactura de baterías eléctricas, garantizando que su explotación se haría con una tecnología que salvaguarda el medio ambiente de ser contaminado o destruido durante las operaciones, el único accionista de la empresa es el señor Paco Pérez, ciudadano suizo pero que nació en Colombia y actualmente es residente en Francia.
- 1.2. EuroLitio Inversiones S.A. es una sucursal de sociedad extranjera cuyo domicilio se encuentra en la República Andinia y su único accionista es EuroLitio Suiza.
- 1.3. El país suramericano llamado República Andinia, el cual se caracteriza por ser un Estado social de derecho, unitario y centralizado, en el cual desde el año 1998 se permite la concesión minera con particulares siguiendo unos requisitos establecidos por la norma para ello.

2. HECHOS:

- 2.1. La República Andinia desde 1998 estableció beneficios tributarios para las empresas que se dedicaran a la explotación minera en condiciones de salvaguarda del medio ambiente, así inició la privatización de la explotación minera en el país a través de concesiones a los operadores.
- 2.2. Dentro del Marco Regulatorio de la Minería se implementó un procedimiento para que los explotadores de minas pudieran transformar los minerales dentro del país sin restricciones de ningún tipo, siempre que eso no afectara el medio ambiente. Esto permitiría industrialización en el Estado, lo cual además de generar empleos, sería un motor de crecimiento económico, pues de acuerdo con Reina (2007) *desde la perspectiva de la teoría del crecimiento económico, el incremento del acervo de*

capital es uno de los canales más importantes a través de los cuales la IED tiene un efecto positivo sobre las economías receptoras. Esta situación es especialmente relevante en economías en crecimiento que por su bajo nivel de desarrollo no cuentan con la capacidad de ahorro suficiente para financiar la formación de capital, o que no tienen un mercado financiero y de capitales suficientemente desarrollado para canalizar los recursos necesarios para hacerlo. En ese sentido, en muchos casos la IED se convierte en una fuente invaluable de expansión de la capacidad productiva de las economías receptoras. Es por eso que el país procuró atraer inversión extranjera.

- 2.3. Debido a lo anterior, Andinia inició una campaña informativa que atrajera nuevos inversionistas al mercado de explotación minera, considerando que así el país tendría un impulso económico importante. El objeto de la campaña era claro, atraer inversión, en especial, inversión extranjera, pues el país estaba preparado para ofrecer garantías a los inversionistas.
- 2.4. Esta campaña tuvo tres pilares fundamentales: credibilidad, confianza y seguridad jurídica, ya que el principal requisito para atraer las inversiones extranjeras era la previsibilidad, que se lograba especialmente mediante la seguridad jurídica.
- 2.5. Tras la campaña, varias empresas dedicadas a la explotación minera encontraron la nueva regulación de Andinia atractiva para sus inversiones y a raíz de las múltiples solicitudes de concesiones que se presentaron para esa época, el país inició conversaciones para firmar tratados bilaterales de inversión que generaran mayor seguridad y garantías para los inversionistas, promoviendo más inversión extranjera para el país.
- 2.6. Es así como, en el año 2000 la República Andinia y Suiza firmaron un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI)¹ que garantiza la protección de las inversiones extranjeras contra expropiación sin compensación adecuada, trato justo y equitativo, no modificación tributaria y arancelaria durante la vigencia del tratado para las sociedades con domicilio principal en Suiza y la libre transferencia de capitales entre

¹ Para efectos de este trabajo se tomarán las disposiciones del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991 como las que rigen el TBI del caso hipotético.

ambos países derivados de las operaciones comerciales de las sociedades suizas con sucursal en Andinia.²

- 2.7. En el año 2005 la empresa EuroLitio, considerando las condiciones favorables³ que ofrecía Andinia a las empresas que hacían explotación minera en condiciones de salvaguarda del medio ambiente y de las ventajas del TBI, constituyó una sucursal de sociedad extranjera en la República Andinia, conforme a lo establecido en la ley comercial de ese país, la cual indica que:

“son extranjeras las sociedades constituidas conforme a la ley de otro país y con domicilio principal en el exterior. Todas las sucursales de sociedades extranjeras que desarrollen actividades permanentes en Andinia estarán sometidas a la vigilancia del Estado, que se ejercerá por la Superintendencia de Sociedades o por la que corresponda, según su objeto social. Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional, para lo cual cumplirá los siguientes requisitos:

1) Protocolizar en una notaría del lugar elegido para su domicilio en el país, copias auténticas del documento de su fundación, de sus estatutos, la resolución o acto que acordó su establecimiento en Colombia y de los que acrediten la existencia de la sociedad y la personería de sus representantes, y

2) Obtener de la Superintendencia de Sociedades o de la que corresponda, según el caso, permiso para funcionar en el país.”⁴

² Al respecto del TBI, debe tenerse en cuenta que *los tratados de protección de las inversiones extranjeras confieren múltiples alternativas a los inversores para colocar sus vehículos corporativos bajo la protección de esos instrumentos internacionales.* (Ottini, G. 2016).

³ Frente a las inversiones realizadas por extranjeros debemos tener en cuenta que los inversionistas buscan algún beneficio mejor que aquel que ofrezca su propio país, por eso cuando un Estado ofrece condiciones favorables está procurando atraer esa inversión extranjera, *efectivamente, se ha dicho que la decisión de desarrollar procesos de inversión extranjera proviene de la comparación del rendimiento esperado del uso del capital en el estado donde hay un exceso de recursos –o estado de origen– frente al rendimiento esperado de tal capital en el estado donde el recurso es escaso o Estado anfitrión. Así, en caso de ser mayor el rendimiento esperado del capital en el país de destino que en el país de origen, el inversionista con exceso en el flujo de capital, si es racional, tomará la decisión de invertir en el país donde el valor del capital es mayor.* (Márquez Escobar, C.P. 2008).

⁴ Se toma del texto para sociedades extranjeras definido en el Título VIII del Código de Comercio Colombiano, realizando las adaptaciones para el caso hipotético.

- 2.8. Una vez constituida la empresa, EuroLitio Inversiones compró una propiedad en donde se encontraba una mina de litio y procedió con la solicitud para obtener el contrato de concesión minera, la cual se adelanta ante la Agencia Nacional Minera (en adelante ANM), para ello, demostró el cumplimiento de los requisitos jurídicos, financieros y técnicos de la empresa para hacer exploración y explotación minera y agotó los trámites de estudios previos de impacto ambiental y de consulta previa a la comunidad.
- 2.9. Posteriormente, la ANM hace una evaluación de los requisitos mencionados en el punto anterior y si la empresa solicitante cumple a satisfacción con los mismos, entonces procede la firma del contrato de concesión minera. Para el caso concreto la República Andinia y EuroLitio Inversiones lograron un acuerdo para iniciar la exploración en el 2006 y la explotación una vez fuera determinada la existencia y cantidad del mineral.
- 2.10. En el contrato de concesión quedaron establecidos los siguientes acuerdos entre las partes:
- a. **Cláusula de Protección de la Inversión.-** El Estado de Andinia se compromete a proteger las inversiones realizadas por EuroLitio contra cualquier modificación normativa que afecte la viabilidad económica del proyecto, salvo que se otorgue una compensación justa, pronta y adecuada. La compensación será equivalente al valor justo de mercado de la inversión inmediatamente antes de que se tomara la medida.
 - b. **Cláusula de Trato Justo y Equitativo.-** El Estado de Andinia garantizará a EuroLitio un trato justo y equitativo en todas las etapas de la concesión minera. El Estado se abstendrá de adoptar medidas arbitrarias, discriminatorias o injustificadas que puedan afectar la operación, gestión, mantenimiento, uso, disfrute o disposición de las inversiones de EuroLitio.
 - c. **Cláusula de Transferencia de Capitales.-** El Estado de Andinia permitirá la transferencia de utilidades relacionadas con la inversión conforme a lo establecido en el Decreto 2080 de 2000, Por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.

- d. **Cláusula de Regulaciones Ambientales.-** EuroLitio se compromete a cumplir con todas las regulaciones ambientales vigentes en Andinia. El Estado de Andinia no adoptará regulaciones ambientales nuevas que afecten sustancialmente las operaciones de EuroLitio sin ofrecer un periodo de adaptación adecuado y/o compensación por los costos adicionales incurridos y tampoco implementará condiciones que vayan en contravía del TBI.

- e. **Resolución de Disputas y Arbitraje.-** En caso de surgir cualquier disputa entre las partes en relación con la interpretación, aplicación o ejecución del contrato, las partes buscarán resolver dicha disputa amistosamente mediante negociaciones directas. Si la disputa no puede resolverse amistosamente en un plazo de sesenta (60) días desde la notificación escrita de una de las partes a la otra sobre la existencia de la disputa, dicha disputa será sometida a arbitraje de acuerdo con las siguientes disposiciones: El arbitraje se llevará a cabo bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados y la ley Colombiana. El tribunal arbitral estará compuesto por tres árbitros: uno nombrado por EuroLitio, uno nombrado por el Estado de Andinia y el tercero, que actuará como presidente del tribunal, será designado por los dos árbitros nombrados. El idioma del arbitraje será el español y la sede del arbitraje será Washington D.C. La decisión del tribunal arbitral será final y vinculante para ambas partes, y podrá ser ejecutada en cualquier tribunal de jurisdicción competente.

2.11. Desde la fecha de suscripción del contrato hasta 2020, EuroLitio desarrolló de manera ininterrumpida su objeto social, obteniendo las ganancias esperadas por su inversión, aportando a la economía propia y del país, así como generando empleo en el país receptor.

2.12. En el año 2020, la República Andinia modificó regulaciones normativas que impactaron sobre la inversión de EuroLitio, al imponer nuevos impuestos sobre la explotación minera, modificaciones en las condiciones ambientales de exploración y explotación minera, restricción sobre la transferencia de capital al extranjero y exigencias de contratación local y proveedores nacionales, en el siguiente sentido:

- a. **Imposición de Nuevos Impuestos sobre la Explotación Minera:** el gobierno de Andinia, alegando la necesidad de incrementar los ingresos fiscales y distribuir de manera más equitativa los beneficios de la explotación

minera, introduce una nueva ley que establece un impuesto adicional del 25% sobre las ganancias de todas las empresas mineras operando en su territorio. Esta nueva carga fiscal se suma a los impuestos ya existentes y eleva significativamente los costos operativos de EuroLitio.

b. **Revisiones Ambientales Más Rigurosas:** El departamento Cordilleras de la República Andinia implementó una serie de regulaciones ambientales más estrictas, que incluyen:

- **Evaluaciones de Impacto Ambiental (EIA) más frecuentes:** Las empresas mineras ahora deben someterse a evaluaciones anuales en lugar de cada cinco años y deberán ser aprobadas por la Corporación Ambiental del Departamento para emitir un certificado de permanencia de la habilitación para explotar.
- **Restricciones en el uso de agua:** Se establecen límites más estrictos en el uso del agua para las operaciones mineras, debido a la preocupación por la sostenibilidad de los recursos hídricos en la región. Esto obliga a EuroLitio a invertir en tecnología diferente a la que actualmente tenía para reducir el consumo de agua y cumplir con las nuevas regulaciones.

c. **Restricciones sobre la Transferencia de Capital y Beneficios al Extranjero:** para asegurar que una mayor parte de los beneficios generados por la minería se queden en Andinia y contribuyan a su desarrollo económico, el gobierno introduce controles sobre la repatriación de utilidades. Las nuevas medidas incluyen:

- **Límites a la repatriación de dividendos:** Las empresas mineras sólo pueden repatriar un máximo del 50% de sus utilidades al extranjero, debiendo reinvertir el resto en el país.
- **Requisitos de aprobación gubernamental:** Cualquier transferencia de capital al extranjero debe ser aprobada ahora por la Superintendencia Financiera del país, la cual tiene la potestad de rechazar las solicitudes y además de permanecer vigentes las reglas de plazo de permanencia del capital establecidas en el Decreto 2080 de 2000 de Colombia.

- d. **Exigencias en materia laboral:** A partir de 2021 entró en vigencia una ley que modifica las reglas de contratación laboral imponiendo una carga de seguridad social al empleador de la misma manera que se encuentra regulada en la ley 100 de 1993 de la República de Colombia, es decir que el empleador deberá afiliar a los trabajadores al Sistema de Seguridad Social Integral en materia pensional, de salud y riesgos profesionales, algo que la República Andinia no tenía contemplado cuando la empresa inició sus operaciones ahí.
 - e. **Proveedores Nacionales:** el nuevo marco regulatorio que al menos el 60% de los insumos y servicios sean adquiridos con proveedores nacionales, sin embargo, por el sector industrial en el que se encuentra la empresa, la mayoría de insumos provienen del exterior y no de la República Andinia.
- 2.13. Tras hacer las modificaciones normativas, el país argumentó que estaba pasando por una crisis económica, situación suficiente para intervenir todos los sectores de la economía y buscar prevalecer el interés general sobre el particular.
- 2.14. La empresa EuroLitio en junio de 2021, después de una reunión en la que se evaluaron los costos incrementados por las nuevas disposiciones normativas implementadas por el Estado Andinia, tomó la decisión de no continuar las operaciones en el país, pues era inviable financieramente. La situación fue informada a la ANM, al Ministerio de Minas y Energía del país y a las demás entidades que ejercían inspección, vigilancia y control.
- 2.15. En agosto de 2021 Paco Pérez instauró demanda en contra de la República de Andinia ante el CIADI, argumentando la violación del estándar de protección y seguridad plenas que ofrecía el TBI, por implementar modificaciones tributarias y arancelarias durante la vigencia del tratado, implementar nueva reglamentación ambiental que imposibilita el desarrollo del objeto social de la empresa, limitar la libre transferencia de capitales derivados de las operaciones comerciales de las sociedades suizas con sucursal en Andinia y la imposición de cargas laborales y de proveedores que no permiten contar con suficiente personal y materia prima.
- 2.16. Las afirmaciones realizadas por la demandante fueron rechazadas enfáticamente por Andinia, argumentando que las medidas adoptadas no impactaron ni destruyeron la inversión realizada por la empresa en el país, por el contrario los inversionistas deben saber que, *a menos que hayan sido marginadas por un tratado, debe respetar las normas de derecho interno de dicho Estado receptor que rigen su inversión mientras ésta dure, ya sea que se trate de normas relativas al derecho de las sociedades,*

derecho comercial, derecho tributario, derecho laboral y de seguridad social, etc. Asimismo, debe respetar aquellas normas de valor superior, en especial las relativas a los derechos fundamentales de las personas. Pero, debe recalcar que todas estas reglas no forman parte de los TBI. (Mancieux, S. 2009). También argumentó que fueron decisiones tomadas en el ejercicio de soberanía del Estado y que este no puede ser impedido por una empresa para procurar sus intereses particulares. Finalmente Andinia manifestó que sus nuevas regulaciones obedecieron a que el Estado estaba pasando por su momento económico más difícil.

3. PROBLEMAS JURÍDICOS:

- 3.1 Determinar si Paco Pérez nacido en Colombia, ciudadano suizo y residente en Francia, por ser el controlante de la empresa EuroLitio Suiza, que a su vez es la única accionista de EuroLitio Inversiones, se encuentra legitimado para demandar ante el CIADI, a la República de Andinia.

Frente a este problema debemos considerar varios aspectos jurídicos clave:

- 3.1.1. **Nacionalidad y Control de la Inversión:** Según la jurisprudencia del CIADI, la nacionalidad del inversor y el control efectivo sobre la inversión son elementos esenciales para establecer la legitimidad de la demanda. En el caso de *Tza Yap Shum v. Perú*, el Tribunal determinó que la capacidad de un inversionista de Hong Kong de presentar una demanda se basaba en su nacionalidad china y su control efectivo sobre la inversión en Perú. En este sentido, Paco Pérez, al ser ciudadano suizo y controlante de EuroLitio Suiza, podría argumentar que cumple con los requisitos de nacionalidad y control efectivo para demandar ante el CIADI.
- 3.1.2. **Tratado Bilateral de Inversiones (TBI):** Es crucial verificar si existe un TBI entre Suiza y la República de Andinia que permita a los inversionistas suizos demandar al Estado receptor de la inversión ante el CIADI. En el caso de *El Paso c. Argentina*, se analizó la legitimidad de los reclamos basados en las disposiciones del TBI entre Argentina y Estados Unidos, lo cual permitió la presentación de la demanda.
- 3.1.3. **Definición de Inversión:** La definición de "inversión" en el TBI aplicable debe incluir las acciones y el control indirecto sobre las empresas del país receptor. La jurisprudencia del CIADI ha establecido que las inversiones

indirectas a través de entidades controladas pueden ser protegidas bajo los TBIs. En el caso de *Azurix c. Argentina*, se reconoció la legitimidad de las inversiones indirectas cuando la empresa controlante tenía una participación significativa en la empresa afectada en el país receptor.

- 3.2 Determinar si el Estado receptor de la inversión incumplió el estándar de protección y seguridad plenas de EuroLitio con la modificación normativa en materia tributaria, ambiental, laboral y de transferencia de capitales.

Frente a este problema jurídico se analizan las posturas tanto del demandante como del demandado teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- 3.2.1. **Estándar de Protección y Seguridad Plenas:** La cláusula de protección y seguridad plenas en los TBIs impone a los Estados la obligación de brindar un entorno seguro para las inversiones, que va más allá de la mera protección física e incluye la estabilidad del marco jurídico y regulatorio. En *El Paso c. Argentina*, el Tribunal concluyó que la acumulación de medidas que afectaron negativamente el marco regulatorio constituyó una violación del estándar de protección y seguridad plenas.
- 3.2.2. **Modificaciones Normativas:** Las modificaciones normativas en materia tributaria, ambiental, laboral y de transferencia de capitales deben ser analizadas en conjunto para determinar si han creado un entorno adverso que afecte la estabilidad de la inversión. En el caso de *Azurix c. Argentina*, se determinó que la no aplicación del régimen tarifario y otras medidas regulatorias adversas constituyeron una violación de la protección y seguridad plenas.
- 3.2.3. **Expectativas Legítimas del Inversor:** El concepto de trato justo y equitativo está estrechamente relacionado con la protección y seguridad plenas. Los inversionistas tienen derecho a esperar que el marco regulatorio bajo el cual realizaron sus inversiones no sea modificado de manera arbitraria o injustificada. La jurisprudencia del CIADI, como en *El Paso c. Argentina*, ha reconocido que las modificaciones que frustran las expectativas legítimas del inversor pueden constituir una violación de este estándar.
- 3.2.4. **Derecho a Regular en Interés Público:** Los Estados tienen el derecho soberano de modificar sus leyes y regulaciones para proteger intereses

públicos esenciales. Estas modificaciones son una parte fundamental del ejercicio de la soberanía estatal y están generalmente reconocidas en el derecho internacional de las inversiones. En el caso de *Philip Morris v. Uruguay*, el Tribunal reconoció el derecho del Estado a adoptar medidas para proteger la salud pública, incluso si estas afectaban negativamente a las inversiones.

- 3.2.5. **Excepciones en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI):** Muchos TBIs incluyen disposiciones que permiten a los Estados adoptar medidas necesarias para mantener el orden público, la seguridad nacional, y otros intereses públicos, sin que estas medidas sean consideradas violaciones de las obligaciones del tratado. Por ejemplo, el TBI entre Argentina y los Estados Unidos contempla excepciones para medidas relacionadas con la protección del medio ambiente y la salud pública.
- 3.2.6. **Proporcionalidad y No Discriminación:** Para que una modificación normativa sea considerada una violación del estándar de protección y seguridad plenas, debe ser arbitraria o discriminatoria. Si el Estado puede demostrar que las modificaciones fueron adoptadas de manera proporcional, razonable y no discriminatoria, con el objetivo de proteger intereses legítimos, se refuerza la defensa del Estado. En el caso de *Azurix c. Argentina*, aunque se reconoció la violación de protección y seguridad plenas, también se subrayó la importancia de la proporcionalidad en las medidas adoptadas por el Estado.
- 3.2.7. **Expectativas Legítimas y Flexibilidad Regulatoria:** Si bien los inversionistas pueden tener expectativas legítimas respecto al marco regulatorio, estas expectativas no pueden ser absolutas ni inmutables. Los inversionistas deben prever cierto grado de flexibilidad y cambios en la legislación y regulaciones. En *Tecmed v. México*, el Tribunal destacó que las expectativas legítimas del inversionista deben ser equilibradas con el derecho del Estado a modificar su marco normativo para cumplir con objetivos públicos.

Ambos problemas, la legitimidad de Paco Pérez para demandar ante el CIADI y el incumplimiento del estándar de protección y seguridad plenas por parte del Estado receptor deben ser evaluados a la luz de los TBIs aplicables, la jurisprudencia del CIADI y los hechos específicos relacionados con el control de la inversión y las modificaciones normativas.

II. ANÁLISIS DEL CASO

1. Legitimación en la causa por activa:

Problema: Determinar si Paco Pérez nacido en Colombia y ciudadano Suizo, por ser el controlante de la empresa EuroLitio Suiza, que a su vez es la única accionista de EuroLitio Inversiones, se encuentra legitimado para demandar ante el CIADI, a la República de Andinia.

Normas aplicables:

- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965.
- Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991.

Demandante – Paco Pérez	Demandado – República Andinia
<p>1. De acuerdo con lo establecido en el TBI entre las partes, los conflictos en materia de inversión se someterán a arbitraje en los eventos en que exista voluntad expresa de las partes.</p> <p>Al respecto debe tenerse en cuenta que <i>los TBI como instrumentos jurídicos dentro del derecho económico internacional han revolucionado el mundo de las inversiones, posibilitando herramientas de promoción, pero sobre todo de protección de los inversionistas en terceros Estados. A la vez, por primera vez, un inversionista puede acceder, a través de estos TBI o por convenios entre los Estados, a órganos jurisdiccionales que le permitan</i></p>	<p>1. En primer lugar, se considera que no existió voluntad expresa del Estado para acudir a arbitraje en el presente caso, pues a su consideración las cláusulas contenidas en el contrato de concesión solo afectan las controversias contractuales y no pueden ser tenidas en cuenta para determinar la legitimación en la causa para acudir a arbitraje de inversión.</p> <p>2. El Señor Paco Pérez no demostró haber realizado ninguna inversión en la República Andinia, pues la inversión fue realizada por EuroLitio Suiza, que es una persona diferente al demandante. Además no demuestra que los recursos utilizados para la inversión efectivamente provenían de Suiza y</p>

<p><i>plantear sus controversias vis a vis con el Estado receptor de la inversión, sin que el Estado del cual es nacional tenga que intervenir en su protección diplomática.</i> (Sommer, G. 2013).</p> <p>De acuerdo con lo establecido en el Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991, En el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia a lo previsto por el párrafo 2 a) o b), y que hubieran transcurrido seis meses desde la fecha en que se planteó la controversia, la sociedad o el nacional involucrados podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio.</p> <p>En el caso concreto se expresó la voluntad primero con el contrato de concesión y luego con la solicitud presentada ante el CIADI.</p> <p>2. En el caso entre EuroLitio y Andinia, las partes acordaron en el contrato de concesión minera que todas las controversias derivadas de la inversión quedarían sometidas a arbitraje bajo las normas del reglamento del CIADI.</p> <p>De acuerdo con el TBI aplicable para el caso <i>inversión significa todo</i></p>	<p>no de Francia que es el lugar de residencia del demandante.</p> <p>Para el Estado de Andinia, el demandante no está legitimado por activa para demandar en este caso pues, de acuerdo a lo expresado en el caso Caratube International Oil Company LLP v. Kazakhstan, el capital aún debe estar vinculado a la persona que pretende haber hecho una inversión y en este caso el reclamante no cumplió con su carga de probar que era una inversión de un ciudadano Suizo.</p> <p>3. Los contratos de concesión que permitieron a EuroLitio desarrollar su objeto social no constituyen inversión extranjera, pues lo cierto es que se firmaron entre Andinia y una sucursal de sociedad extranjera domiciliada en Andinia, por lo que se rige por el derecho interno del país.</p> <p>Al respecto existe similitud con lo ocurrido en el caso El Paso Energy International Company v. Argentina, <i>si bien la Demandada no afirmó en ningún momento que las Sociedades Argentinas en sí constituyen su inversión, ha reclamado por la violación de derechos pertenecientes a dichas sociedades y por tanto se puede inferir que implícitamente consideró si las Sociedades Argentinas constituían inversiones protegidas o calificaban</i></p>
--	--

<p><i>tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, es decir que, en el caso que nos ocupa si existió inversión y en consecuencia puede ser sometida a arbitraje.</i></p> <p>3. El contrato fue suscrito por EuroLitio Inversiones, sin embargo la única accionista es EuroLitio Suiza, por lo tanto, el Señor Paco Pérez nacido en Colombia pero ciudadano Suizo es el controlante e inversionista indirecto y por ello está legitimado para demandar a la República Andinia.</p> <p>Existe legitimación por activa pues como ocurrió en el caso <i>Tza Yap Shum v. Perú</i>. <i>no se ha demostrado que bajo el derecho internacional de las inversiones existe por principio una prohibición o exclusión a las inversiones indirectas. Al contrario, existen fuentes que indican lo contrario tanto respecto del Convenio CIADI como del derecho internacional de las inversiones, por lo tanto, el señor Paco Pérez representa su inversión por ser el controlante de la empresa inversionista.</i></p>	<p><i>como inversores protegidos. Es por ello que este Tribunal considera necesario aclarar que las Sociedades Argentinas constituyen o no inversiones protegidas y, por tanto, si la Demandante puede o no reclamar por los derechos de dichas Sociedades.</i></p> <p>4. También debe tenerse en cuenta que para la fecha en que presentaron la demanda, la empresa ya no estaba operando en el país por lo que considera Andinia que ya no puede considerarse como una inversión, ni siquiera de la persona jurídica EuroLitio.</p> <p>Frente a este argumento ha dicho el CIADI en jurisprudencia que <i>todo lo que se exige es la titularidad sobre el reclamo al momento de consentir al arbitraje y al momento del registro del reclamo, y estas condiciones se cumplieron en el caso que nos ocupa.</i> (El Paso Energy International Company v. Argentina). Por lo tanto, si al momento de presentar la demanda existía la inversión, pues la disputa sigue sujeta al arbitraje internacional.</p> <p>5. No es aplicable el TBI pues el demandante no demostró ser Suizo, al contrario, se evidenció que su lugar de nacimiento fue Colombia y su lugar de residencia es Francia.</p>
--	--

2. Incumplimiento al Tratado Bilateral de Inversiones:

Problema: determinar si el Estado receptor de la inversión incumplió el estándar de protección y seguridad plenas de EuroLitio con la modificación normativa en materia tributaria, ambiental, laboral y de transferencia de capitales.

Normas aplicables:

- Convenio No. 102 sobre la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 1952.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965.
- Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991.
- Decreto 2080 de 2000, Por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.

Posturas de las partes:

Demandante – Paco Pérez	Demandado – República Andinia
<p>1. Violación al estándar de protección y seguridad plenas que ofrecía el TBI entre la República Andinia y Suiza, al expedir nuevas normas que modifican imposiciones tributarias, reglamentación ambiental, la posibilidad de hacer transferencia de capitales, las cargas laborales y de proveedores, todo en un mismo año.</p> <p>La doctrina en materia arbitral ha determinado que el principio de protección y seguridad plenas <i>supone una obligación positiva para los Estados receptores de inversiones, en el sentido de establecer un marco jurídico interno que garantice y proteja las</i></p>	<p>1. El Estado de Andinia considera que no ha vulnerado el estándar de protección y seguridad plenas pues no existió vulneración física por parte de un tercero que afectara las operaciones del inversionista en el país, por el contrario implementó normas que no violan el principio de protección y seguridad plenas, sino que buscan la protección de la población.</p> <p>En el caso de El Paso Energy International Company v. Argentina <i>el Tribunal considera que el estándar de plenas protección y seguridad no es más que la obligación tradicional del derecho internacional consuetudinario de proteger a los extranjeros, y es una</i></p>

<p><i>inversiones extranjeras frente a posibles controversias con terceros (Toro Fernández, J.F.; Tijmes-IHL, J. 2021).</i></p> <p>Dentro del principio de protección y seguridad plenas debe tenerse en cuenta que la postura jurisprudencial indica que debe ser un entorno de inversión seguro y no solamente se trata del entorno físico, en el caso <i>Azurix Corp. v. Argentina</i>, el tribunal consideró que <i>el concepto de protección y seguridad plenas iba más allá de la protección y la seguridad garantizada por la policía. No se trata tan sólo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad que confiere un entorno de inversión seguro. El Tribunal tiene presente que en recientes acuerdos de libre comercio suscritos por Estados Unidos, por ejemplo con Uruguay, el concepto de protección y seguridad plenas se entiende que está limitado al nivel de la protección policial que se requiere conforme al derecho internacional consuetudinario. Sin embargo, cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo o explicación, estos términos abarcan, en su significado ordinario, el contenido de esa norma más allá de la seguridad física.</i></p>	<p><i>obligación residual reservada a aquéllos casos en que los actos impugnados no pueden por sí atribuirse al Gobierno, sino a un tercero.</i></p> <p>2. La imposición de tributos para hacer una mejor distribución de la riqueza proveniente de los recursos naturales del país no puede considerarse como una imposición tendiente a afectar las inversiones extranjeras, por el contrario lo que se busca equidad e igualdad económica entre las empresas que explotan recursos naturales y El Estado que está cediendo los mismos.</p> <p>Aunque los inversionistas pueden tener expectativas legítimas sobre la estabilidad del marco regulatorio, estas expectativas no pueden ser absolutas ni inmutables. Los inversionistas deben anticipar un cierto grado de flexibilidad y cambios en la legislación y las regulaciones. En el caso de <i>Tecmed v. México</i>, el Tribunal subrayó que <i>las expectativas legítimas del inversionista deben equilibrarse con el derecho del Estado a modificar su marco normativo para cumplir con objetivos de interés público.</i></p> <p>3. Los EIA con mayor frecuencia permiten que el Estado tenga control sobre la explotación de los recursos naturales del territorio, pues considera que la concesión para realizar explotación no exime al Estado de su responsabilidad ambiental, ya que el cuidado ambiental debe prevalecer frente al derecho de</p>
---	---

<p>2. El aumento de impuestos con el objetivo de distribuir mejor la riqueza y sin considerar los factores de producción de las empresas reduce drásticamente el margen de beneficio del proyecto, afectando su viabilidad económica, pues EuroLitio había calculado su inversión basándose en el régimen fiscal anterior y no había previsto esta nueva carga ya que el TBI no permitía que a las empresas cuyo domicilio principal está en Suiza se les hicieran modificaciones, lo que altera sustancialmente sus expectativas de retorno sobre la inversión.</p> <p>El demandante se encuentra inconforme, pues lo cierto es que Andinia al modificar tributos tuvo la misma consideración que al momento de promover la inversión extranjera en el país, pues como se explicó cuando la impulsaron tenían una visión de crecimiento económico, <i>la inversión extranjera se ha posicionado como una de las formas más efectivas para solidificar la economía de un país y aportar a su desarrollo.</i> (Casallas Páramo D.C. 2009), es así que resulta contradictorio ahora desmejorar las condiciones para los inversionistas extranjeros, quienes procurarán liquidar su inversión en el país receptor antes que verse inmersos en pérdidas económicas por los cambios normativos.</p>	<p>explotación de la empresa. Así las cosas, no puede considerarse que la empresa se ve afectada por implementar requisitos de cuidado ambiental.</p> <p>4. La República Andinia no modificó el régimen de inversiones de capital solo para Suiza, lo hizo en ejercicio de su poder soberano para legislar dentro de su territorio, de tal manera que no puede considerarse que se afectó el TBI con Suiza al implementar una norma de carácter general que busca el desarrollo económico del país.</p> <p>Andinia es soberana en su territorio y eso le permite tomar medidas regulatorias de cualquier naturales, <i>pues en el ejercicio de la soberanía es permitido que los Estados, para la protección del interés público, tomen medidas siempre que estas sean adoptadas por motivos de bienestar general, no sean discriminatorias o arbitrarias, se respete el debido proceso y se realice un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización.</i> (Castro Peña, M.N. 2017). Para el caso concreto, Andinia no considera que existe expropiación o alguna desmejora económica por las medidas adoptadas, por lo tanto no se ve en la obligación de pagar al inversionista, por el contrario ha tratado de demostrar que puede seguir ejecutando su objeto social pues no ha impedido tal cosa.</p> <p>5. Frente a la implementación de regulación laboral, el Estado de Andinia</p>
--	--

<p>3. Las EIA con mayor frecuencia causan retrasos operativos, pues las entidades gubernamentales del departamento Cordilleras son lentas para emitir los certificados de habilitación que permiten continuar con la exploración. La necesidad de cumplir con estándares más altos de sostenibilidad hídrica también implica inversiones adicionales en tecnología y procesos, lo que incrementa los costos operativos y de capital y es que debe recordarse que, se trata de una empresa que ya tiene sus estándares de cuidado al medio ambiente mejorados desde que inició sus actividades en el país.</p> <p>4. Las restricciones en la transferencia de capitales entre el país receptor de la inversión y el país del cual proviene la misma, dificulta la capacidad de la empresa para gestionar su inversión y repatriar utilidades.</p> <p>La necesidad de obtener aprobaciones para transferencias de capital genera incertidumbre sobre la posibilidad real de poder cerrar el canal cambiario de las inversiones y poder repatriar las utilidades a Suiza, situación que limita la capacidad de la liquidez de la empresa en el mercado y la posibilidad de financiar sus operaciones globales.</p>	<p>ha tomado la implementación de la ley 100 de 1991 de la República de Colombia como una forma de cumplimiento de los estándares de la Organización Internacional del Trabajo de la cual Andinia es miembro y no podía seguir incumpliendo con ello.</p> <p>El Estado de Andinia debe implementar leyes que den cumplimiento a los estándares de seguridad social mínimos establecidos en el Convenio No. 102 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual expresa que, <i>Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión, cuando su estado lo requiera, de asistencia médica, de carácter preventivo o curativo; también que, deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez; y además deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional.</i></p> <p>6. El Estado de Andinia atravesaba la peor crisis económica, social e institucional por lo cual se consideró la implementación de una política que impulse la industria local.</p> <p>El país ha adoptado nuevas regulaciones frente a algunos asuntos respecto de los cuales se había acordado no hacer modificaciones para las inversiones extranjeras pero eso se ha dado por la necesidad del Estado de mitigar una</p>
---	--

<p>Debe tenerse en cuenta que el TBI que rige para el caso es el Tratado entre la República Argentina y Los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, en el cual se estableció que <i>cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente y sin demora. Dichas transferencias comprenden: a) las ganancias; b) las compensaciones hechas conforme a las disposiciones del Artículo IV; c) los pagos que resulten de controversias en materia de inversiones; d) los pagos que se hagan conforme a los términos de un contrato, entre ellos, las amortizaciones de capital y los pagos de los intereses devengados en virtud de un convenio de préstamo vinculado directamente a una inversión; e) el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión, y f) los aportes adicionales de capital hechos para el mantenimiento o el desarrollo de una inversión.</i> Por lo tanto, el Estado no debió hacer modificaciones a esta libertad sin tener en consideración el tratado, porque está afectando directamente la inversión extranjera.</p> <p>5. El cambio regulatorio en materia laboral implica sobrecostos no previsible y por lo tanto no presupuestables para la empresa al</p>	<p>crisis, por lo que surge una pregunta frente a <i>si el otorgamiento de concesiones para la llegada de la IED, obligan a realizar cambios en las políticas internas, cambios en la legislación, desconocimiento de derechos laborales, quitas tributarias, y en fin otorgar un sinnúmero de beneficios. Pero hasta qué punto, ¿después de otorgar tantos beneficios es posible apreciar realmente la existencia del margen de ganancia para el Estado receptor de la inversión?</i> Este cuestionamiento surge en la medida en que la competencia por obtener IED obliga a los Estados –puede decirse– a ceder hasta lo que no tienen. (Maldonado Narváez, M.I. 2020). Es por eso que el Estado en ejercicio de su deber de salvaguardar a su población puede tomar decisiones que modifiquen condiciones normativas.</p> <p>7. El Estado también argumenta que el TBI que sirvió de fuente para concesionar a EuroLitio es muy antiguo y que para la fecha en que se realizaron las modificaciones normativas el contexto del país ha cambiado, en palabras de Febles Pozo, N. <i>Se hace imprescindible una modificación y renegociación de la inmensa mayoría de los TBI, adecuándolos a los tiempos actuales, y que los mismos sean capaces de establecer no solo una mera protección de la actividad inversora, sino que dicha protección se extienda más allá de la inversión y que abarque las garantías procesales necesarias en materia de</i></p>
--	--

<p>momento en que decidió iniciar operaciones en el País.</p> <p>6. La dependencia de proveedores locales, que pueden no ofrecer la misma calidad o eficiencia que los proveedores internacionales, afecta la operatividad de la empresa y aumenta significativamente los costos de exploración.</p> <p>7. El Estado de Andinia se comprometió a proteger las inversiones realizadas por EuroLitio contra cualquier modificación normativa que afectara la viabilidad económica del proyecto, salvo que se otorgara una compensación justa, pronta y adecuada. La compensación debía ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión inmediatamente antes de que se tomara la medida.</p> <p>Lo cierto es que los Estados contratantes del TBI en el caso, se acogieron a los parámetros internacionales de lo que una inversión extranjera supone, <i>el término "inversión extranjera" se transformó en un imperativo de crecimiento económico y desarrollo, por lo que los Estados, para conseguir tales fines, recurrieron a soluciones bilaterales, modificando la legislación nacional y suscribiendo tratados bilaterales de inversiones extranjeras. La incorporación de una serie de</i></p>	<p><i>derechos humanos en los Estados receptores de la inversión, así como, una regulación de la transparencia obligatoria y un mayor enfoque respecto a la posibilidad de prever, dentro del propio tratado de inversión, obligaciones regulatorias de los Estados. (Febles Pozo, N. 2019).</i></p>
---	--

<p><i>estándares de protección como trato justo, cláusulas de expropiación, de nación más favorecida; como condición para la participación de inversores extranjeros en la prestación de servicios públicos de los Estados son un claro ejemplo de esta nueva realidad. De esta manera, el régimen de promoción y protección de inversiones extranjeras ha venido constituyéndose en un nuevo "subsistema" jurídico internacional, con sus particularismos normativos y su propio mecanismo de solución de controversias. (Sommer, C.G. 2013). Por lo que no resulta coherente que después de ello modifiquen las condiciones del TBI, generando con eso inseguridad jurídica para el inversionista.</i></p>	
--	--

III. BIBLIOGRAFÍA:

1. Normas:

Convenio No. 102 sobre la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo, Ginebra 1952.

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965.

Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones de 1991.

Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

Decreto 410 de 1971, por el cual se expide el Código de Comercio de Colombia.

Decreto 2080 de 2000, Por el cual se expide el Régimen General de Inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior.

CONPES 3684 de 2010, Fortalecimiento de la Estrategia del Estado para la Prevención y Atención de Controversias Internacionales de Inversión.

2. Laudos:

2.1. Jurisdicción en razón de la materia:

Tza Yap Shum v. Perú (Caso CIADI No. ARB/07/6)

“No se ha demostrado que bajo el derecho internacional de las inversiones existe por principio una prohibición o exclusión a las inversiones indirectas. Al contrario, existen fuentes que indican lo contrario tanto respecto del Convenio CIADI como del derecho internacional de las inversiones.”

Este caso respalda la legitimidad de las inversiones indirectas en el marco del derecho internacional de las inversiones y el Convenio CIADI. En el contexto del problema 3.1, esto refuerza la posición de Paco Pérez, quien controla EuroLitio Suiza y a su vez EuroLitio Inversiones, para demandar ante el CIADI. La ausencia de una prohibición explícita de las inversiones indirectas sugiere que el control de EuroLitio Inversiones a través de EuroLitio Suiza es suficiente para legitimar su capacidad de demanda, siempre que se pueda establecer que esta estructura cumple con las definiciones de inversión y nacionalidad según el TBI aplicable.

Caratube International Oil Company LLP v. Kazakhstan (Caso CIADI No. ARB/08/12)

El capital debe estar vinculado a la persona que pretende haber hecho una inversión.

Este caso enfatiza la necesidad de una vinculación directa entre el capital invertido y el inversionista que presenta la demanda. Para Paco Pérez, es esencial demostrar que su control sobre EuroLitio Suiza y EuroLitio Inversiones está directamente vinculado con el capital invertido en Andinia. Debe existir una conexión clara y documentada entre su inversión y la estructura corporativa para satisfacer este criterio. Esto podría requerir pruebas detalladas de la cadena de propiedad y control financiero, asegurando que el capital y la participación de Paco Pérez están adecuadamente documentados.

2.2. Fondo de la controversia:

Azurix Corp. v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/12)

“El Tribunal, habiendo sostenido que la Demandada no brindó un trato justo y equitativo a la inversión, considera que la Demandada también incumplió el estándar de protección y seguridad plenas dispuesto en el TBI.”

Este caso es relevante para el problema 3.2, ya que establece que la falta de trato justo y equitativo puede coincidir con el incumplimiento del estándar de protección y seguridad plenas. Si EuroLitio puede demostrar que las modificaciones normativas en Andinia afectaron negativamente su inversión de manera injusta o discriminatoria, podría argumentar que el Estado incumplió ambos estándares. La clave será presentar evidencia de cómo las modificaciones normativas tributarias, ambientales, laborales y de transferencia de capitales alteraron sustancialmente el entorno operativo y regulatorio en detrimento de EuroLitio.

El Paso Energy International Company v. Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/15)

“El Tribunal considera que el estándar de plenas protección y seguridad no es más que la obligación tradicional del derecho internacional consuetudinario de proteger a los extranjeros, y es una obligación residual reservada a aquellos casos en que los actos impugnados no pueden por sí atribuirse al Gobierno, sino a un tercero.”

Este caso aporta una visión más restringida del estándar de protección y seguridad plenas, sugiriendo que este estándar se aplica principalmente a actos de terceros que no pueden ser directamente atribuidos al gobierno. En el contexto del problema 3.2, el Estado de Andinia podría argumentar que las modificaciones normativas fueron decisiones soberanas legítimas y no actos de terceros. Si las medidas adoptadas por Andinia pueden justificarse como necesarias y no arbitrarias, y si se demuestra que estas no derivaron de actos de terceros que escapaban al control del gobierno, se podría argumentar que no se ha incumplido el estándar de protección y seguridad plenas.

3. Doctrina:

CHAMORRO CORONADO, L. M. Protección de inversiones extranjeras: aproximación a los aspectos más relevantes del Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca entre España y México. Estudios Sociales: Revista de Alimentación Contemporánea y Desarrollo Regional, [s. l.], v. 14, n. 28, p. 107–135, 2006.

REINA, M. Impacto de la inversión extranjera en Colombia: situación actual y perspectivas. Bogotá: Fundación para la Educación Superior y el Desarrollo, p. 5, 2007.

MÁRQUEZ-ESCOBAR, C. P. Expropiación Mediante Regulación: Inversión Extranjera, Tratados De Promoción De Inversiones Y El Poder De Policía De La Administración. *International Law*, [s. l.], n. 11, p. 13–67, 2008.

CASALLAS PÁRAMO, D. C. Desarrollo Del Estándar De “Trato Justo Y Equitativo” De Los Tratados Bilaterales De Inversión Durante La Segunda Mitad Del Siglo Xx. *Universitas Estudiantes*, [s. l.], n. 6, p. 111–124, 2009.

MANCIEUX, S. Las normas sustantivas contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). *Revista de Derecho Puertorriqueño*, [s. l.], v. 48, n. 2, p. 311–326, 2009.

SOMMER, C. G. La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, [s. l.], v. 6, p. 95–130, 2013.

OTTINI, G. El Planeamiento Estratégico De Las Inversiones Y La Jurisdicción Internacional. *Actualidad Jurídica (1578-956X)*, [s. l.], n. 44, p. 41–47, 2016.

FEBLES POZO, N. La Regulación De Normas Sobre La Transparencia en Los Tratados Bilaterales De Inversión Y en La Nueva Generación De Políticas De Inversión: Una Perspectiva Comparada. *Revista de Derecho UNED*, [s. l.], n. 25, p. 369–400, 2019.

MALDONADO NARVÁEZ, M. I. Reconstruir el modelo de desarrollo. Como atraer inversión extranjera directa sin afectar la estabilidad del Estado latinoamericano. *Jurídicas CUC*, [s. l.], v. 16, n. 1, p. 39–68, 2020.

TORO-FERNANDEZ, J.-F.; TIJMES-IHL, J. Los capítulos de inversiones en la Alianza del Pacífico, el CPTPP y el T-MEC: convergencia sustantiva, divergencia procesal. *Derecho PUCP*, [s. l.], n. 86, p. 145–179, 2021.