

Elaboración de Caso Difícil en Contextos Globalizados
Arbitraje de Inversiones
EUROPLAST S.A. y OPTIPLAST S.A.S.
vs.
REPÚBLICA DE COLOMBIA

Maria Alejandra Castillo Concha

Pontificia Universidad Javeriana de Cali
Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales
Maestría en Derecho Empresarial
Cali, Valle del Cauca
2.024

EUROPLAST S.A. y OPTIPLAST S.A.S. (“*La demandante*”, “*Las demandantes*” o “*el Inversor extranjero*”)

vs.

REPÚBLICA DE COLOMBIA (*La demandada*)¹

I. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA CONTROVERSIA

1. Colombia es un país que se ubica en el extremo noroccidental de América del Sur, con una superficie de 1.141.748 Km², tiene costas en el Pacífico y en el Atlántico. Atravesada de Sur a Norte por los Andes que, cerca de la frontera meridional se dividen en tres ramales: cordilleras Occidental, Central y Oriental.
2. Colombia es uno de los seis socios estratégicos de el Reino de España (en adelante “España”) en Iberoamérica, entre los dos países existen 53 acuerdos suscritos en áreas como relaciones políticas y diplomáticas, inversiones, cooperación, comercio, transporte, comercio, estudios, cultura, entre otros. Sin embargo, para el caso concreto se hará referencia al “Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones” celebrado el 16 de septiembre de 2021 (en adelante “APPRI”).
3. La balanza comercial bilateral ha sido tradicionalmente favorable a Colombia. En 2021, España se situó como décimo país de destino de las exportaciones colombianas y como noveno país proveedor de Colombia. Las exportaciones españolas a Colombia, de enero a agosto de 2023, tuvieron un valor de 353,354 M€ y las importaciones 390,70 M€, arrojando un saldo comercial favorable a Colombia, fundamentalmente por el aumento de demanda española en productos plásticos. Los principales productos que España exporta a Colombia son máquinas y aparatos

¹ Nota aclaratoria de la autora: El presente trabajo de grado está desarrollado con algunos elementos que no corresponden a la realidad de lo inserto en la normativa y datos que en el mismo se exponen. No debe considerarse de ningún modo como un insumo de investigación.

mecánicos, vehículos automóviles, tractores, ciclos, partes y accesorios y productos farmacéuticos. Los principales productos que España importa de Colombia son petróleo y productos minerales, productos derivados de polímeros (*entiéndase todo tipo de plásticos*), bebidas, frutas y flores.²

4. En 2021 España invirtió 38.345,69 M€ en Colombia, consolidándose como el segundo inversor extranjero en este país. Los principales sectores de inversión española en Colombia son: infraestructura, tecnologías de la información y servicios a empresas.
5. Considerando lo anterior, Acoplásticos, el gremio colombiano que reúne y representa a las empresas de las cadenas productivas químicas del plástico, pinturas, caucho y sus relacionadas presentó a PROCOLOMBIA (organización encargada de promover el turismo, la inversión extranjera en Colombia, las exportaciones no minero energéticas y la imagen del país) una propuesta para organizar en España eventos y exposiciones que tuvieran como fin llamar la atención de eventuales inversores españoles para acrecentar el mercado de productos plásticos.
6. Para el 2021, los beneficios e incentivos tributarios establecidos para inversores extranjeros interesados en el mercado de la transformación de polímeros eran los siguientes:
 - Descuento del Impuesto sobre la Renta por las inversiones en maquinaria para la transformación de polímeros.
 - Exclusiones al IVA para los bienes que se venden en el territorio nacional asociados a la transformación de polímeros, tales como (i) equipos para reciclar y procesar basuras, depuración y tratamiento de aguas residuales, emisiones

² https://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/COLOMBIA_FICHA_PAIS.pdf

atmosféricas o residuos sólidos empleados en la industria de los polímeros
(ii) equipos necesarios para reconvertir polímeros ya procesados.

- Tarifa preferencial del IVA (5 %) para los bienes cuya producción se derive de polímeros.
- Exención del pago de derechos arancelarios.
- Exclusión de IVA en la compra de equipos o maquinaria que se destine al procesamiento o producción de productos derivados de polímeros.
- Descuento del impuesto de renta del 50 % de la inversión realizada por sociedades de reciente creación que tengan por objeto social la transformación de polímeros, en un periodo de hasta 10 años.

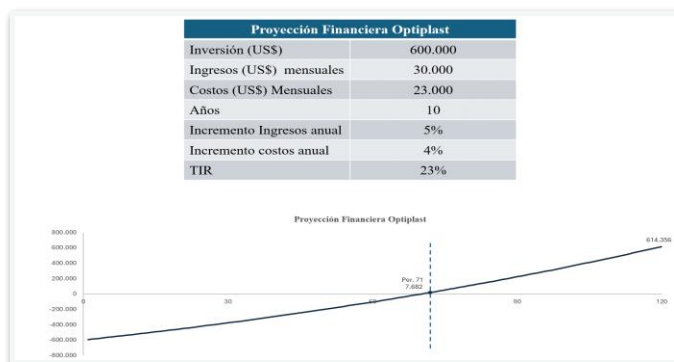
7. En línea con lo anterior, en enero de 2022, se constituye en Colombia, bajo las leyes de dicho país, la sociedad OPTIPLAST COLOMBIA S.A.S. (en adelante “Optiplast”) que tiene como objeto social:

“El objeto social de la sociedad será la fabricación, comercialización y distribución de productos plásticos en diversas formas y aplicaciones. La empresa se dedicará a la transformación de polímeros mediante procesos de polimerización, extrusión, inyección, soplado y otros métodos de conformado para la producción de artículos plásticos destinados a sectores industriales, comerciales y domésticos. Además, se incluirán actividades complementarias como la investigación y desarrollo de nuevas fórmulas y tecnologías para mejorar la calidad y funcionalidad de los productos, así como la prestación de servicios relacionados con el diseño, personalización y asesoramiento en el uso de plásticos. La sociedad podrá igualmente adquirir, vender y arrendar maquinaria y equipos necesarios para su operación, así como realizar todas las actividades conexas y accesorias que sean necesarias para el cumplimiento de su objeto social.”

Esta sociedad tiene como accionista único a la sociedad española EUROPLAST S.A. (en adelante “el Inversionista extranjero”), que tiene un objeto social similar en su

país de origen, y una trayectoria de años muy marcada en el mercado extranjero, constituida bajo las leyes de España, y que acreditó su existencia y representación legal con documentos que cumplieran los requisitos dispuestos en los Artículos 251 del Código General del Proceso y 480 del Código de Comercio, sobre validez probatoria de documentos expedidos en el exterior. Esta sociedad luego de llevar a cabo un *due diligence* extenso a través de firmas reconocidas, ha decidido que las condiciones sociales, tributarias y económicas son lo suficientemente favorables como para incursionar en el mercado colombiano y obtener el retorno de su inversión en pocos años. Esto, aunado a la promoción que PROCOLOMBIA y los delegados correspondientes del país, entre los que se encontraban representantes del gremio hicieron sobre la seguridad jurídica de la protección con la que contarían los inversores extranjeros, así como las expectativas que se generaron con los hechos y datos presentados en todas las ruedas de negocios sobre los beneficios que derivarían en excelentes rendimientos económicos en el corto plazo.

8. Optiplast inicia operaciones en febrero de 2022, y rápidamente se establece en el país como una empresa relevante en el mercado: (i) Realiza una inversión inicial en planta y equipos de aproximadamente USD\$600.0000 (ii) Negocia y suscribe contratos de suministro con grandes empresas de todos los sectores de la economía, con cuantías de miles de millones de pesos colombianos y con vigencias a largo plazo (más de 10 años), confiando en la protección prometida a su inversión. Su margen de ganancia no es alto, pero la estabilidad en el tiempo de ejecución de los contratos y el volumen de los productos vendidos, son lo que una empresa así de conservadora en sus inversiones espera mantener hasta llegar a punto de equilibrio a los cinco años y nueve meses (periodo 71) y empezar a ver reflejado el retorno de su inversión (*ver imagen. Elaboración propia*).



9. Optiplast se convierte en un excelente proveedor de productos tales como: (i) Bolsas de punto de pago utilizadas para embalar, cargar o transportar paquetes y mercancías (ii) Bolsas utilizadas para embalar periódicos, revistas, publicidad y facturas, así como las utilizadas en las lavanderías para empacar ropa lavada (iii) Envases o empaques, recipientes y bolsas para contener líquidos no preenvasados, para consumo inmediato, para llevar o para entregas a domicilio (iv) Platos, bandejas, cuchillos, tenedores, cucharas, vasos y guantes para comer (v) Empaques, envases o cualquier recipiente empleado para la comercialización, al consumidor final, de frutas, verduras y tubérculos frescos que en su estado natural cuenten con cáscaras; hierbas aromáticas frescas, hortalizas frescas y hongos frescos (vi) Laminas para servir, empacar, envolver o separar alimentos de consumo inmediato, utilizados para llevar o para entrega a domicilio; entre otros.
10. En enero de 2024, entra en vigor en Colombia la Ley 2232 del 24 diciembre de 2023, que busca eliminar *de manera inmediata* los denominados “plásticos de un solo uso”, después de ser aprobada por el Congreso de Colombia y promovida por los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Salud. Esto, apelando a la necesidad inmediata de conservar el medio ambiente y la salud pública, ejecutar prácticas más sostenibles y generar un cambio cultural en el país, toda vez que si bien existía desde el año 1995 normatividad relacionada con el tratamiento de residuos sólidos, la regulación para el tratamiento de aguas residuales de procesos químicos de transformación de polímeros, o la obligatoriedad de realizar estudios de impacto ambiental previo a cualquier licencia ambiental para operar cualquier planta productiva que se pretendiere establecer, no existía normatividad específica que denominara los plásticos de un solo uso ni su impacto.
11. Así las cosas, se pretende prohibir la introducción en el mercado, la comercialización y la distribución de productos mencionados en la normativa enunciada arriba, y que hayan sido fabricados total o parcialmente con plásticos de un solo uso, y otorga un término de tres meses para retirar del mercado todo el inventario disponible, sin la

posibilidad de solicitar permiso para su agotamiento. En ese sentido, la normativa establece medidas orientadas a la reducción drástica de la producción para fomentar que los artículos de plásticos de un solo uso sean sustituidos *de manera inmediata* por otros que cumplan con los criterios de biodegradabilidad, y que los nuevos productos sean fabricados con materias primas recicladas.

Por plásticos de un solo uso deben entenderse: (i) Bolsas de punto de pago utilizadas para embalar, cargar o transportar paquetes y mercancías (ii) Bolsas utilizadas para embalar periódicos, revistas, publicidad y facturas, así como las utilizadas en las lavanderías para empacar ropa lavada (iii) Envases o empaques, recipientes y bolsas para contener líquidos no preenvasados, para consumo inmediato, para llevar o para entregas a domicilio (iv) Platos, bandejas, cuchillos, tenedores, cucharas, vasos y guantes para comer (v) Empaques, envases o cualquier recipiente empleado para la comercialización, al consumidor final, de frutas, verduras y tubérculos frescos que en su estado natural cuenten con cáscaras; hierbas aromáticas frescas, hortalizas frescas y hongos frescos (vi) Láminas para servir, empacar, envolver o separar alimentos de consumo inmediato, utilizados para llevar o para entrega a domicilio; entre otros.

Esta Ley 2232, aparte exhortar a detener de tajo la producción de estos productos, define las sanciones significativas aplicables en caso de la inobservancia o incumplimiento de lo contemplado en su articulado.

12. El inversionista extranjero considera que el cambio abrupto en la normatividad colombiana se configura como una transgresión al APPRI ya que está desconociendo por completo el estándar de Trato Justo y Equitativo y le está generando perjuicios estimados en USD\$1.200.000. Es por ello que han decidido promover una acción arbitral en contra del Estado Colombiano ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (en adelante “CIADI”) previo agotamiento sin

éxito del *Cooling off Period*³ entre las partes, situación que ya ha sido notificada al Estado Colombiano.

13. Colombia niega que su conducta haya sido en modo alguno una violación del APPRI o que tenga la obligación de indemnizar los perjuicios que está reclamando el inversionista extranjero. Alega que la legislación recientemente adoptada, obedece a la necesidad inmediata de protección del medio ambiente y de la salud pública en territorio colombiano, toda vez que se ha demostrado el alto grado de contaminación que producen los productos plásticos en fuentes hídricas, y lugares dispuestos para disposición final de residuos, así como la necesidad de garantizar que la situación no escale a un problema de salud pública, derivado de los micro plásticos que pudieren estar siendo consumidos en exceso por la población colombiana.

Además, esta medida si bien impacta al inversionista extranjero, también lo hace con las sociedades colombianas que tienen objetos similares, es decir, es una medida aplicable indistintamente del origen del capital de las sociedades que desarrollan este objeto social, solo se está enfocando en la protección del medio ambiente y eventualmente de la salud pública.

II. PROBLEMA JURÍDICO

1. Determinar si en razón de la materia se considera que la demandante realizó una inversión en Colombia protegida en los términos del APPRI suscrito entre Colombia y España, y si el CIADI tiene jurisdicción para la resolución del presente conflicto.

Las partes resumen su posición al respecto, así:

³ El *Cooling off Period* o periodo de enfriamiento”, es un requisito jurisdiccional, es un elemento para constituir la jurisdicción del centro de arbitraje, no es un mero requisito de admisibilidad, y se debe agotar de forma obligatoria, traducido esto en cláusulas que estipulan una etapa de negociaciones directa, las cuales buscan que las partes se acerquen con el propósito de resolver sus diferencias, lo que limita el conocimiento del asunto por parte del centro arbitral durante un periodo, que es generalmente de seis meses. Recuperado de <https://procesal.uexternado.edu.co/arbitraje-de-inversion-y-la-obligatoriedad-del-cooling-off-period/>

Posición de la demandante	Posición de la demandada
<p>El inversor extranjero cumple con las condiciones para que su inversión pueda ser considerada como tal y tenga derivado de ello la protección que le corresponde en razón del APPRI, toda vez que: (i) Existió un compromiso de capital para iniciar sus operaciones. (ii) Existe vocación de mantenimiento en el tiempo. (iii) Realizó una planeación financiera que le permitía llegar punto de equilibrio y empezar a recibir el retorno de su inversión después de unos años.</p>	<p>La inversión realizada por las demandantes no es susceptible de protección a la luz del APPRI al no cumplir con el lleno de los requisitos esenciales para su configuración, debido a que en el análisis de los hechos, salta a la vista que no se cumple con el criterio taxativo de “<i>b. la vocación de mantenimiento en el tiempo, entendida como una duración de al menos <u>tres años</u></i>”. Esto por cuanto el inicio de operaciones de Optiplast se dio en febrero de 2022 y para el momento de presentación de la demanda (septiembre de 2024) no han pasado los tres años de operaciones requeridos para reputarse como “mantenimiento en el tiempo”.</p>

2. Determinar si con las actuaciones del estado colombiano se actuó en contravención e incumplimiento del estándar de trato justo y equitativo, consagrado en el APPRI.

Las partes resumen su posición al respecto, así:

Posición de la demandante	Posición de la demandada
<p>El Estado Colombiano, mediante la forma abrupta en la que cambió las condiciones legislativas, minó la justa expectativa de la demandante para el establecimiento y desarrollo de su</p>	<p>La promulgación de la Ley 1232 de 2023 sobre plásticos de un solo uso, no constituyó una violación del estándar de trato justo y equitativo. Esto, debido a que el estado Colombiano debió tomar</p>

inversión, lo que deriva en una violación al estándar de trato justo y equitativo.	medidas que estaban justificadas en la protección al medio ambiente y al creciente riesgo de afectación a la salud pública, por lo que la mencionada Ley es una respuesta razonable a los riesgos asociados con el uso de productos plásticos.
--	--

III.POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE:

Las Demandantes sostienen que las acciones arbitrarias de la Demandada alteraron las circunstancias comerciales en las que ellas operaban, y se les están generando perjuicios al reducir en gran medida sus ingresos, condenándolas al cese de operaciones.

La demandante formula sus reclamaciones fundadas en (A) la no protección de su inversión legítima en territorio colombiano y (B) en la violación al estándar de trato justo y equitativo consagrado en el APPRI, argumentos que se desarrollan a continuación:

(A) No protección a su inversión legítimamente realizada en territorio colombiano en los términos del APPRI:

La interpretación del término “inversión” no está definida en el Convenio CIADI⁴, pero en concepto de Hugo Cardona⁵, esto no sería casual, considerando la imposibilidad de llegar a un consenso en torno a ello por sus redactores. Es por esto que la mayor parte de los tratados

⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, en vigor a partir del 14 de octubre de 1966

⁵ CARDONA, Hugo. Análisis de la evolución interpretativa del término «inversión» en el arbitraje internacional de protección de inversiones extranjeras. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1 Enero – Junio 2023 Págs. 57-86.

de inversión incluyen listados que de acuerdo a una interpretación literal, están protegidos. Sin embargo, con el propósito de no dejar lugar a dudas sobre la aplicabilidad de la protección invocada en el presente documento, se considera necesario dar claridad sobre la existencia de una “inversión protegida”, analizada desde los tres enfoques⁶ actuales en los que se ha estudiado esta expresión:

Enfoque subjetivo: Se basa en la definición contemplada en el tratado aplicable. Puesto que considera la definición realizada por los Estados signatarios del tratado. Así las cosas, para el caso concreto, el APPRI⁷ aplicable frente al término “**Inversión**” significa “*cualquier tipo de activo invertido en el territorio de una Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, del que sea titular un Inversionista de la otra Parte Contratante o que esté bajo el control directo o indirecto de Inversionista de la otra Parte Contratante*”.

De acuerdo con el APPRI⁸, las Inversiones pueden tomar cualquiera de las siguientes formas:

- a. *Una Empresa*
- b. ***Acciones y otras formas de participaciones sociales en una Empresa;***
- c. *Bonos y otras formas de participaciones sociales en una Empresa;*
- d. *Un crédito a una empresa;*
- e. *Cualquier otro tipo de interés o activo en una Empresa;*
- f. *.....”*

⁶DOLZER, R., KRIEBAUM, U., SCHREUER, C., Principles of International Investment Law, Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 13.

⁷ Art.2 APPRI. *Definiciones: Inversión significa cualquier tipo de activo invertido en el territorio de una Parte Contratante de acuerdo con la legislación de esta última, del que sea titular un Inversionista de la otra Parte Contratante o que esté bajo el control directo o indirecto de Inversionista de la otra Parte Contratante.*

Por control de un activo se entenderá el control efectivo apreciado en función de un examen de todas las circunstancias concurrentes en cada caso, entre las que se incluyen:

- a. *la participación en el capital de la entidad que sea titular del activo;*
- b. *la capacidad de tomar decisiones en relación con la gestión y administración del activo o de la entidad que sea titular del activo; y*
- c. *la capacidad, en su caso, de elegir a los miembros del órgano de administración de la entidad que sea titular el activo.*

En caso de duda, corresponde al Inversionista que alegue el control directo o indirecto de una Inversión acreditar esta circunstancia....”

Así las cosas, la demandante tiene una inversión directa en Colombia, al poseer el 100% de las acciones que constituyen el capital social de Optiplast, estando este tipo de inversión expresamente contemplado en el APPRI y siendo reconocido por el Convenio CIADI.

Además, debe considerarse que esta inversión implicó la adquisición de activos tangibles, como los son planta y equipos destinados para el establecimiento de una fábrica de producción de productos plásticos, relacionados con la actividad económica de transformación de polímeros.

Enfoque objetivo: Sitúa la definición con base en los «criterios» que suelen cumplir las inversiones protegidas por el Convenio CIADI: a) una aportación significativa de capital, b) cierta duración; c) asunción de riesgo y d) la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. Aplicado al caso concreto, para que la inversión se encuentre protegida por el APPRI, no resulta suficiente con que la misma se tipifique dentro de los tipos de inversión que consigna el tratado, sino que además cumpla con los siguientes requisitos especiales que exige el mismo, los cuales se transcriben a continuación:

“2. Toda Inversión exigirá como requisitos esenciales la concurrencia cumulativa de los siguientes elementos: a. el compromiso de capital u otros recursos; b. la vocación de mantenimiento en el tiempo, entendida como una duración de al menos tres años; y c. la asunción de riesgo para el Inversionista.”

En los hechos arriba expuestos, ha quedado claro que el inversor extranjero cumple con las condiciones arriba enunciadas, toda vez que: (i) Existió un compromiso de capital inicialmente definido en USD\$600.000 para iniciar sus operaciones. (ii) Es claro que existe vocación de mantenimiento en el tiempo, configurándose este elemento en la negociación y suscripción de contratos de suministro con vigencias de más de diez años con las empresas más grandes de todos los sectores de la economía que requirieran sus productos. (iii) respecto de la asunción de riesgo por parte del inversionista, el inversor extranjero realizó una

planeación financiera que le permitía llegar punto de equilibrio y empezar a recibir el retorno de su inversión después de cinco años y nueve meses (periodo 71), asumiendo esos primeros cinco años y nueve meses las pérdidas brutas correspondientes. Finalmente, respecto de la contribución económica al Estado receptor, esto se pone de manifiesto al estructurar una sociedad colombiana, con obligaciones tributarias en dicho país, eje central de este concepto.

Refuerzan los argumentos aquí esgrimidos, se pronunció el Tribunal del CIADI en el caso Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. vs. República De Guinea Ecuatorial⁹

“el Tribunal contempla que la identificación de una inversión que justifique su jurisdicción, exige que por lo menos exista prima facie una aportación, que esa aportación se efectúe dentro de un cierto lapso de tiempo, y que el inversionista quede sujeto a un cierto riesgo. Estos elementos, en general, se encuentran interrelacionados por su propia naturaleza: el supuesto aporte frecuentemente afectará la medición del riesgo, como lo hace la duración; la duración y el riesgo sólo pueden medirse por el plazo de cualquier aporte que se haya realizado.”

Enfoque dual: Combina los criterios subjetivo y objetivo para proponer una «examinación dual», que determinará si la inversión en cuestión se encuentra sujeta a la protección que otorga el derecho de las inversiones y el arbitraje internacional como su principal mecanismo procesal. En ese sentido, es nos encontramos ante una inversión protegida.

(B) Violación al estándar de trato justo y equitativo consagrado en el APPRI:

Sea lo primero indicar que el trato justo y equitativo debe ser entendido como una garantía, que impone la obligación a los Estados receptores de la inversión a otorgar un trato adecuado a los inversionistas extranjeros para que estos puedan poner en marcha su inversión. Como

⁹ Caso Arbitral CIADI No. ARB(AF)/12/2. Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. vs. República De Guinea Ecuatorial. Pág.37.

lo indican Esis, De Abreu y Briceño¹⁰, la doctrina ha diferenciado dos perspectivas de la mencionada garantía, a saber (i) desde lo sustantivo: el trato justo y equitativo exige al Estado anfitrión el compromiso de actuar con transparencia, proporcionalidad y no discriminación en sus decisiones gubernamentales y sobre todo, de no frustrar las expectativas legítimas de los inversionistas generadas a partir de su propia actuación; y (ii) desde lo procesal: el Estado debe garantizar al inversionista extranjero el derecho a la tutela judicial efectiva, el respeto al debido proceso y el derecho a la defensa.

En línea con lo anterior, Esis, De Abreu y Briceño¹¹ luego de un análisis de varios laudos, aducen que la generación de la expectativa responde al momento o fase temporal inicial de la inversión, y que es precisamente ese el periodo de tiempo en el cual el inversor se ve atraído por el sistema regulatorio y las condiciones técnicas y económicas ofrecidas por el Estado anfitrión que lo invita a desarrollar actividades en su territorio; relevante en el entendido de que las expectativas generadas por la demandante se empezaron a generar luego de participar en numerosas ruedas de negocios y reuniones con representantes de gremios y organizaciones oficiales colombianas, que incentivaban la inversión en un panorama totalmente distinto al mostrado en el presente documento.

Considerando los hechos esgrimidos en la presente solicitud, es claro que el Estado colombiano está generando una violación al estándar de trato justo y equitativo, toda vez que los tratados de inversión, implican ciertas limitaciones a la soberanía estatal que han sido aceptadas espontáneamente por los Estados con el objetivo de atraer capital extranjero, y no es posible afectar la confianza depositada en ellos cuándo se realizó la inversión, toda vez

¹⁰ ESIS VILLARROEL, I. S., DE ABREU NEGRÓN, M. G. y BRICEÑO OLIVARES, G. J. El análisis de las legítimas expectativas en la identificación de las expropiaciones indirectas tras una década de práctica arbitral (2010-2020). En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N° 53, septiembre diciembre de 2022, 375-408.

¹¹ Ibidem.

que lo mínimo esperado es mantener dentro de un nivel razonable y proporcional la estabilidad legal requerida para el desarrollo de la misma¹².

Además, no se debe perder de vista que conforme el APPRI¹³, “Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.”, por lo que, en el caso concreto, se está menoscabando por parte del Estado Colombiano el estándar de trato justo y equitativo, al actuar de forma arbitraria y en clara contravía del principio de buena fé. Esto, por cuanto está menoscabando las expectativas legítimas que se formó la demandante para realizar las inversiones tendientes a desarrollar su objeto social en Colombia.

Y es que, lo legítimamente esperado por la demandante, previo todos los acercamientos que tuvo en las ruedas de negocios mencionadas en los supuestos fácticos, y todo el análisis normativo incorporado en su due diligence, mostraba que el Estado Colombiano tenía una posición clara, transparente, libre de ambigüedades respecto de la legislación y políticas relacionadas con las actividades a desarrollar, como lo eran la transformación de polímeros en una amplia variedad de productos derivados.

¹² ZARRA, Giovanni. *Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay*. En *Revista de Direito Internacional*. Vol. 14, 2017, 94-120.

¹³ Art 6. APPRI. Tratamiento:

1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.
2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante en su territorio a las inversiones y rendimientos de inversionistas de cualquier tercer Estado.
3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversionistas de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, un mercado común o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional relacionado total o parcialmente con tributación.
4. Cada Parte Contratante aplicará, salvo lo dispuesto en su legislación nacional, a las inversiones y rendimientos de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas.

En ese sentido se pronunció el Tribunal CIADI en el caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos¹⁴ en el que queda claro que la inclusión de una definición del estándar, persigue fortalecer y acrecentar el nivel de confianza de un inversor, llevándolo a configurar una justa expectativa de que estaba realizando su inversión en condiciones favorables, así:

(...) Como parte de tales expectativas, aquél [el inversor extranjero] cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes(...)

El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación.

Así las cosas, el estándar de trato justo y equitativo es un estándar que se ha tratado de definir en numerosas oportunidades, pero su violación o no debe ser analizada en cada caso en particular¹⁵, situación superada en el presente contexto, en el que queda claro que el Estado

¹⁴ Caso CIADI CASO No. ARB (AF)/00/2. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos. Pág. 67-69

¹⁵ CASTRO PEÑA, María Natalia. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado n.º 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017, pp. 23-66. doi: <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.02>

Colombiano, mediante la forma abrupta en la que cambió las condiciones legislativas, minó la justa expectativa de la demandante para el establecimiento y desarrollo de su inversión.

Conclusión de la parte demandante: La inversión realizada por el inversor extranjero cumple con los criterios establecidos en el APPRI para ser considerada como una inversión protegida, y su expectativa surgió válidamente tanto de declaraciones generales como de garantías específicas promovidas por las ruedas de negocios desarrolladas en España. Hay lugar a solicitar al Estado Colombiano una indemnización de perjuicios por USD\$1.200.000 ya que es lo dable luego de la inversión inicial realizada, y los perjuicios en los que se verá inmerso con los contratos que no podrá cumplir debido a la forma abrupta en la que cambiaron las condiciones de mercado para los productos derivado de la transformación de polímeros.

IV. POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La estrategia de defensa del Estado colombiano en el curso del procedimiento arbitral, coordinada por la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado (ANDJE), se articula conforme los siguientes argumentos: **(A)** La inversión realizada por las demandantes no es susceptible de protección a la luz del APPRI al no cumplir con el lleno de los requisitos esenciales para su configuración, debido a que en el análisis de los hechos, salta a la vista que no se cumple con el criterio taxativo de “*b. la vocación de mantenimiento en el tiempo, entendida como una duración de al menos tres años*”. Esto por cuanto el inicio de operaciones de Optiplast se dio en febrero de 2022 y para el momento de presentación de la demanda (septiembre de 2024) no han pasado los tres años de operaciones requeridos para reputarse como “mantenimiento en el tiempo”.

(B) La promulgación de la Ley 1232 sobre plásticos de un solo uso, no constituyó una violación del estándar de trato justo y equitativo. Esto, debido a que el estado Colombiano debió tomar medidas que estaban justificadas en la protección al medio ambiente y al creciente riesgo de afectación a la salud pública, por lo que la mencionada Ley es una respuesta razonable a los riesgos asociados con el uso de productos plásticos.

(A) Sobre la no configuración de una inversión realizada en los términos del APPRI:

Resulta relevante señalar que para determinar el concepto de “inversión”, hay que atenerse a lo establecido por las partes en el APPRI, pues es la manifestación de la voluntad de las partes involucradas en la presente controversia. Así las cosas, la doctrina¹⁶ establece que para evitar que se pueda disfrazar cualquier asunto como una inversión y con ello expandir de forma antinatural la competencia del CIADI se hace necesario que, en controversias relacionadas con la jurisdicción en razón de la materia, se determine el acuerdo base, siendo este el que determine la jurisdicción.

Al respecto, el Estado Colombiano es enfático en manifestar que los estados tienen la capacidad para delimitar el concepto de inversión; es así como en los últimos años, “han optado por establecer redacciones cada vez más elaboradas para sus APPRI, con el objeto de acotar su eventual interpretación extensiva por parte de los tribunales arbitrales.”¹⁷ prueba de ello es la exigencia de mantenimiento en el tiempo de la inversión de al menos tres años como requisito esencial de la inversión. Por tanto, no es posible, teniendo en cuenta los supuestos fácticos arriba enunciados, que se pretenda desconocer el límite pactado en el APPRI e invocar protección a una inversión que no puede ser protegida por este. Por tanto, el Tribunal no tiene competencia y no podrá pronunciarse sobre el petitorio de la demandante.

(B) Sobre la no violación del estándar del trato justo y equitativo:

El Estado Colombiano manifiesta que su derecho a regular está establecido taxativamente en el APPRI, y que no debe entenderse como una violación al estándar de trato justo y equitativo, toda vez que sus regulaciones deben estar encaminadas, entre otras, a la protección del medio ambiente y la salud pública.

¹⁶ MORA, Jorge. Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones (CIADI). Revista Diálogos de Saberes. 2015. Pág.161-171

¹⁷ PASCUAL VIVES, Francisco José. EL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LOS RECIENTES APPRI ESPAÑOLES. Pág:30. Disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num18/articulos/arbitraje-inversiones-recientes-appri-espanoles>

Además, en se pronunció el Tribunal del CIADI en el caso Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. la República Oriental del Uruguay¹⁸ en el que se definió que cuando existe una decisión de política legislativa por parte del Estado, derivada de su rol legítimo de regulador y en pos de velar por la salud de la población, se debe prestar especial consideración a las decisiones de las autoridades nacionales en relación con las medidas que deben tomarse para abordar un problema de salud pública.

Al estar frente a una regulación necesaria y enfocada a la protección de la salud pública, no es posible inferir que los fabricantes y distribuidores [inversores extranjeros o no] pueden tener expectativas certeras de que el país en el que tienen asiento sus actividades económicas no impongan regulaciones nueva o más onerosas sobre estos temas, más cuando en ningún momento ha existido documento alguno suscrito entre las partes en el que medie de forma expresa dicho compromiso.

En ese sentido, se pronunció el Tribunal del CIADI en el caso Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.À R.I, en el que se aclaró que mientras no existan compromisos dirigidos de forma directa a los inversores en los que se les asegure de forma expresa que el Estado no modificará sus leyes o reglamentos, los Acuerdos de Protección de Inversión Extranjera no suprimen o eliminan el derecho o facultad del Estado a cambiar o modificar su régimen regulatorio para adaptarse a circunstancias y necesidades públicas cambiantes.

“El estándar de trato justo y equitativo no otorga un derecho de estabilidad regulatoria per se. El estado tiene un derecho a regular, y los inversores deben esperar que la legislación cambiará, si no existe una cláusula de estabilización u otra garantía específica que genere una expectativa legítima de estabilidad”¹⁹

¹⁸ Caso Arbitral CIADI N.º ARB/10/7 Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. la República Oriental del Uruguay, Pág.76 a140,

¹⁹ Caso Arbitral CIADI No.ARB/13/36, Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.À R.I. Vs. Reino de España, Pág.132.

Una visión similar ha sido expresada por el tribunal del caso El Paso c. Argentina²⁰:

“Nadie puede tener la expectativa legítima de que no se modifique el marco legal ante una crisis económica de extrema gravedad. Ningún inversor razonable puede tener una expectativa de este tipo salvo que se hayan asumido compromisos muy específicos frente a éste o que la modificación del marco jurídico sea absoluta .”

Y es que, las expectativas de un inversor extranjero que se pretendan proteger, deben ser aquellas generadas legítimamente por el Estado receptor de la inversión, que de manera clara han sido consignadas en el caso *Ig&e Energy Corp., Ig&e Capital Corp., and Ig&e International, Inc. vs. República Argentina*, a saber (i) no pueden establecerse unilateralmente por una de las partes; (ii) tienen una existencia real, por lo que son exigibles y además, las justas expectativas del inversionista no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo del negocio y los patrones habituales en la industria. Es así como en el escenario en el cual nos encontramos (i) no puede imponerse de manera unilateral por el demandante si no ha existido un acuerdo mutuo (ii) el demandante no aporta evidencia de su existencia en ningún documento formal suscrito por las partes. Pero es que además, es impensable que un Estado pueda asumir un compromiso general frente a todos los inversores extranjeros de no modificar jamás sus leyes independientemente de las circunstancias, y sería irrazonable que un inversor confiara en que eso nunca ocurriera.

Es necesario dejar de precedente que el Estado colombiano reconoce el principio de buena fe, y por tanto al celebrar tratados como los de inversión, respeta las garantías en ellos ofrecidas y promueve la confianza de los inversionistas extranjeros con sus actuaciones, consciente de que actos tales como declaraciones públicas a través de sus delegados oficiales, legislación relacionada con los incentivos para la atracción de la inversión, compromisos taxativos en los acuerdos, entre otros, son los que generan

²⁰ *Caso Arbitral CIADI N°ARB/03/15, El Paso Energy International Company v. La República Argentina*

expectativas legítimas en los inversores extranjeros, y por tanto no es dable que tal y como se define en el caso *Franck Charles Arif v. República de Moldavia*²¹, conductas generalizadas y difusas de terceros que no representan oficialmente al Gobierno, generen una expectativa legítima protegida, tal y como se pretende por la demandada, es decir para que pueda alegarse una expectativa legítima la misma debe ser en los términos planteados por Esis, De Abreu y Briceño (i) razonable (ii) específica y (iii) desarrollada por el Estado; elementos abiertamente no concurrentes en el presente caso.

En adición a los argumentos ya planteados, resulta relevante mencionar que el estado Colombiano nunca expresó un compromiso vinculante, por escrito o mediante alguno de sus representantes oficiales, de no emitir o modificar regulaciones referentes a los productos plásticos. Así, se invoca lo aducido en el tribunal del Caso *Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. vs. República de Colombia*²² decisión en la que queda claro que los compromisos que asume el Estado deben ser específicos y claros, y que además, las expectativas que se forme un inversionista extranjero, deben formarse a partir de declaraciones razonables emanadas de actores estatales competentes en foros adecuado para ello, y además “(...) *la función del Tribunal al examinar las reclamaciones de las Demandantes con arreglo al estándar de TJE es evaluar la conducta del Estado respecto de la inversión de las Demandantes a la luz de las obligaciones internacionales del Estado en virtud del Tratado y de todas las circunstancias pertinentes. No corresponde al Tribunal evaluar las decisiones regulatorias de fondo de los órganos estatales correspondientes.*”

Finalmente, el Estado colombiano es consciente de sus actuaciones serán objeto de escrutinio, por lo que deja a disposición del tribunal los estudios técnicos y económicos que se presentaron en el proyecto de la Ley 1232 de 2023, en los cuales se deja constancia

²¹ Caso CIADI N°ARB/11/23 *Electrabel S.A. v. República de Hungría*, cit., § 7.76; *Franck Charles Arif v. República de Moldavia*.

²² Caso CIADI N°UNCT/18/1 *Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. vs. República de Colombia*, página 127

de la necesidad inmediata de atender un objetivo de interés público y que encuentra sustento en un contexto crítico de salud pública.

Conclusión de la demandada: (A) El estado Colombiano considera que en razón de la materia, no existe una inversión extranjera configurada mediante Optiplast, teniendo en cuenta los supuestos fácticos arriba enunciados, no es posible desconocer el límite pactado en el APPRI e invocar protección a una inversión que no puede ser protegida por este; y que además, (B) no se violó el estándar de trato justo y equitativo y no existe un menoscabo a las expectativas legítimas del inversionista extranjero. No puede el estado colombiano sustraerse de su rol de regulador, ya que no es admisible priorizar los aspectos económicos por encima de la defensa de los derechos fundamentales como son el medio ambiente o la salud pública. Además, el inversor extranjero debió ser más diligente en el momento de realizar su *due diligence* y considerar los aspectos regulatorios en materia de medio ambiente y de salud pública que estaban relacionados con el objeto social que se pretendía desarrollar.

V. BIBLIOGRAFÍA

Colombia & España. (s.f.). *Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Laudo en el caso Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L. vs. República De Guinea Ecuatorial. (Caso CIADI N°ARB(AF)/12/2.)*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2011). *Laudo en el caso El Paso Energy International Company v. La República Argentina (Caso CIADI N°ARB/03/15).*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2003). *Laudo en el caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos. (CASO CIADI N°ARB (AF)/00/2.)*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2016). *Laudo en el caso Philip Morris Brands SÀRL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. la República Oriental del Uruguay (Caso CIADI N°ARB/10/7).*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). (2021). *Laudo en el caso Naturgy Energy Group, S.A. y Naturgy Electricidad Colombia S.L. vs. República de Colombia (Caso CIADI N°UNCT/18/1).*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Laudo en el caso Eiser Infrastructure Limited Y Energia Solar Luxembourg S.À R.I. Vs. Reino de España. (CIADI N°ARB/13/36)*

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Laudo en el caso Ig&e Energy Corp., Ig&e Capital Corp., and Ig&e International, Inc. vs. República Argentina. (CIADI N°ARB/02/1)*

Centro *Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. *Laudo en el caso Electrabel S.A. v. República de Hungría, cit., § 7.76; Franck Charles Arif v. República de Moldavia. (CIADI N° ARB/11/23)*

CARDONA, Hugo. Análisis de la evolución interpretativa del término «inversión» en el arbitraje internacional de protección de inversiones extranjeras. *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, Enero – Junio 2023.

CASTRO PEÑA, María Natalia. El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Derecho del Estado N° 38, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2017.

DOLZER, R., KRIEBAUM, U., SCHREUER, C., Principles of International Investment Law, Oxford: Oxford University Press, 2021.

ESIS VILLARROEL, I. S., DE ABREU NEGRÓN, M. G. y BRICEÑO OLIVARES, G. J. El análisis de las legítimas expectativas en la identificación de las expropiaciones indirectas tras una década de práctica arbitral (2010-2020). En Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia. N° 53, septiembre-diciembre de 2022, 375-408.

MORA, Jorge. Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones (CIADI). Revista Dialogos de Saberes, Universidad Libre de Colombia. 2015. Pág.161-171

PASCUAL VIVES, Francisco José. El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles. En Revista electrónica de estudios internacionales, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. N°18, diciembre de 2009.

ZARRA, Giovanni. Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay. En Revista de Direito Internacional. Vol. 14, 2017, 94-120.