



Revista Estudios Socio-Jurídicos

ISSN: 0124-0579

ISSN: 2145-4531

esj@urosario.edu.co

Universidad del Rosario

Colombia

Pontón-Serra, Juan P.; Prieto-Ríos, Enrique

**Acuerdos internacionales de inversión en Colombia: compatibilidades
e incompatibilidades en treinta años de control constitucional ***

Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 23, núm. 1, 2021, Enero-Junio, pp. 163-190

Universidad del Rosario

Bogotá, Colombia

DOI: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9593>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73365628019>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso
abierto

Acuerdos internacionales de inversión en Colombia: compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control constitucional*

International Investment Agreements in Colombia: Compatibilities and Incompatibilities in Thirty Years of Constitutional Control

Acordos internacionais de investimento na Colômbia: compatibilidades e incompatibilidades em trinta anos de controle constitucional

JUAN P. PONTÓN-SERRA**

ENRIQUE PRIETO-RÍOS***

FECHA DE RECEPCIÓN: 31 DE AGOSTO DE 2020. FECHA DE APROBACIÓN: 25 DE OCTUBRE DE 2020

Doi: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9593>

Para citar este artículo: Pontón-Serra, J., & Prieto-Ríos, E. (2020). Acuerdos internacionales de inversión en Colombia: compatibilidades e incompatibilidades en treinta años de control constitucional. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 23(1), 163-190. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.9593>

RESUMEN

Los procesos y tendencias mundiales de liberalización e internacionalización de la economía influenciaron la adopción de la Constitución Política de 1991. En este contexto, el Estado colombiano intensificó la política, que continúa vigente, de suscribir acuerdos internacionales de inversión con otros Estados con el propósito de promover y atraer

* Este artículo es una continuación de otro publicado hace diez años en la *Revista Estudios Socio-Jurídicos* titulado “BITS y la Constitución Colombiana de 1991: Internacionalización de la Economía dentro de un Estado Social de Derecho”.

** Joven investigador y abogado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Miembro de la línea de investigación en Derecho Internacional Económico de la Universidad del Rosario. Cuenta con un posgrado en derecho internacional general del École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Correo electrónico: juan.ponton@urosario.edu.co; ponton96@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2097-4000>

*** Doctor en derecho de Birkbeck, University of London, LL.M. en derecho internacional de London College UCK y abogado de la Universidad del Rosario. Actualmente es profesor asociado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, director del grupo de investigación en Derecho Internacional y director de investigación de la misma facultad. Correo electrónico: enrique.prieto@urosario.edu.co; enriqueprieto@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1798-7855>

inversión extranjera en el país. En la actualidad, el arbitraje inversionista-Estado bajo acuerdos internacionales de inversión atraviesa un proceso de reforma, resultado de profundos cuestionamientos relativos, entre otros, a la falta de capacidad de balancear las facultades regulatorias y de política pública de los Estados con los derechos e intereses de los inversionistas. Frente a este panorama, la Corte Constitucional colombiana parece haber reclamado en decisiones recientes su función de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución respecto de los acuerdos internacionales de inversión. Este artículo analiza las principales características del control de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional de los acuerdos internacionales de inversión suscritos por Colombia desde la década de los noventa y el reciente cambio de jurisprudencia que se produjo con relación a su alcance.

Palabras claves: Corte Constitucional; control de constitucionalidad; Constitución Política de Colombia; acuerdos internacionales de inversión; derecho de la inversión extranjera.

ABSTRACT

The globalization and internationalization processes and tendencies influenced the adoption of the Political Constitution of 1991. Under this context, the Colombian state intensified the policy, that still prevails, of signing international investment agreements with other states with the purpose of promoting and attracting foreign investment in the country. Currently, the investor-state arbitration under international investment agreements is going through a moment of reform as a result of profound questionings regarding, among others, its lack of capacity to balance the State's regulatory powers and public policies with the rights and interests of investors. Faced with this panorama, the Colombian Constitutional Court seems to have claimed in recent decisions its duty to safeguard the integrity and supremacy of the Constitution, regarding international investment agreements. This article analyzes the main characteristics of the constitutionality control carried out by the Constitutional Court of the international investment agreements signed by Colombia since the nineties and the recent departure from its jurisprudence in relation to its scope.

Keywords: Constitutional Court; constitutionality control; Political Constitution of Colombia; international investment agreements; international investment law.

RESUMO

Os processos e tendências mundiais de liberalização e internacionalização da economia influenciaram a adoção da Constituição Política de 1991. Neste contexto, o Estado colombiano intensificou a política, que continua vigente, de assinar acordos internacionais de investimento com outros Estados com o propósito de promover e atrair investimento estrangeiro no país. Atualmente, no âmbito de acordos internacionais de investimento, a arbitragem investidor-Estado está em processo de reforma, como resultado de profundos questionamentos relacionados entre outros, com a falta de capacidade em balancear os poderes regulatórios e de política pública dos Estados, com os direitos e interesses dos investidores. Diante deste panorama, o Tribunal Constitucional colombiano parece ter reivindicado para si, em decisões recentes, seu papel de guardião da integridade e da supremacia da Constituição, no que diz respeito aos acordos internacionais de investimento. Este artigo analisa as principais características do controle de constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional em relação

aos acordos internacionais de investimento, assinados pela Colômbia desde a década de noventa e a recente mudança de jurisprudência ocorrida em relação ao seu alcance.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; controle de constitucionalidade; Constituição Política da Colômbia; acordos internacionais de investimento; lei de investimento estrangeiro.

Introducción

El derecho internacional de la inversión extranjera es una rama del derecho internacional público que regula la relaciones entre Estados e inversionistas extranjeros en lo relativo al trato que el país receptor le da a la inversión extranjera. Esta rama se ha caracterizado por tener una injerencia alta en asuntos internos de los países y por un control constitucional relativamente débil por parte de las cortes nacionales. En el caso colombiano, el control previo de constitucionalidad de la Corte Constitucional sobre acuerdos internacionales de inversión (AII), incluyendo tratados bilaterales de inversión (TBI) y tratados de libre comercio (TLC) con capítulos de inversión, y sobre sus leyes aprobatorias, se había caracterizado hasta hace muy poco por ser un control leve y sin mayores debates jurídicos. A la descripción de las disposiciones del tratado objeto del control le seguían muy breves consideraciones que concluían sin mayores análisis que aquellas se ajustaban a la Constitución Política de 1991.

Las circunstancias bajo las cuales la Corte Constitucional adoptó las primeras sentencias de constitucionalidad sobre AII a finales de la década de los noventa han cambiado de forma notable. La suscripción de AII en ese entonces estaba en auge y el arbitraje de inversión comenzaba a ganar fuerza como mecanismo predominante para la solución de controversias inversionista-Estado. La mayoría de los Estados de América Latina actuaron por primera vez como demandados en el periodo comprendido entre 1995 y 2005. Por el contrario, en la actualidad, el derecho internacional de la inversión extranjera se encuentra en un constante e intenso escrutinio. El Grupo de Trabajo III de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Uncitral, por su sigla en inglés) ha sido el encargado de identificar preocupaciones a nivel multilateral respecto del sistema de solución de controversias

inversionista-Estado y de recomendar soluciones de reforma sobre aspectos procesales. El Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) está trabajando en un proyecto de reforma de las reglas de este. Los AII más recientes, como el Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA, por su sigla en inglés), suscrito entre Canadá y la Unión Europea, prevén remplazar el sistema de solución de controversias inversionista-Estado actual por una Corte Permanente de Inversión. De igual forma, algunos Estados han adoptado la política de renegociar o de reinterpretar los AII existentes, mientras que otros han ido más lejos y han decidido denunciar estos tratados. En el caso colombiano, el Estado no había sido ajeno a la suscripción de AII, pero sí a las controversias de inversión. Ello cambió en 2016, con el registro de la primera demanda de inversión en contra de Colombia, a la que en cuatro años se le han sumado otras quince (ANDJE, s.f.).

Este panorama permite entender la importancia de las sentencias C-252 y C-254 de 2019 de la Corte Constitucional, mediante las cuales se realizó el control previo de constitucionalidad del TBI suscrito con Francia y del TLC suscrito con Israel. En estas sentencias la Corte, por primera vez, abandonó el control leve por un juicio de razonabilidad, que dejó entrever que distintas disposiciones de estos AII admitían interpretaciones contrarias a la Constitución, y condicionó su ratificación a la suscripción de declaraciones interpretativas conjuntas con los gobiernos de Francia y de Israel que precisaran el contenido y el alcance de dichas disposiciones.

Es fundamental que estas sentencias no se analicen aisladas, sino a la luz de la jurisprudencia que se había manejado hasta entonces, pues eso permite evidenciar de manera precisa cuáles son las implicaciones para los AII de esta nueva posición.¹ Con motivo de los treinta años de la Constitución Política, el objetivo de este artículo es describir los

¹ Con el fin de evitar imprecisiones en cuanto al uso de las locuciones *precedente* y *jurisprudencia*, se prefiere utilizar la expresión *cambio de posición*. En cualquier caso, es importante destacar que, en los salvamentos de voto a la Sentencia C-252, el magistrado Alejandro Linares Cantillo se refirió a que la sentencia, en lo relativo al estándar de control del TBI, “configuró un verdadero *cambio de jurisprudencia*” (Linares Cantillo, 2019), mientras que la magistrada Diana Fajardo Rivera utilizó de manera intercambiable las expresiones “cambio de jurisprudencia” y “cambio de precedente” (Fajardo Rivera, 2019).

cambios y avances que se han dado respecto del control previo de constitucionalidad sobre los AII desde 1991.

Así, este artículo presentará, en primer lugar, un panorama general de los AII, incluyendo sus antecedentes y propósitos; en segundo lugar, se presentarán los principales desarrollos de la jurisprudencia constitucional en materia de control de AII, abarcando las principales convergencias y divergencias que ha identificado la Corte Constitucional entre estos y la Constitución. Finalmente, se presentarán las principales conclusiones respecto del desarrollo jurisprudencial y los efectos de las últimas novedades para el derecho internacional de la inversión extranjera en Colombia.

Generalidades sobre los orígenes y la justificación de los AII

Los desarrollos más significativos del derecho internacional de la inversión extranjera se han presentado en las últimas tres décadas como consecuencia del rol más activo de sus principales actores: los Estados y los tribunales arbitrales; sin embargo, su origen se remonta a los siglos XVII y XVIII con el expansionismo comercial europeo y norteamericano (Miles, 2013, p. 19).

El primer antecedente importante fue el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación (FCN en inglés) suscrito por Francia y la recién independizada Estados Unidos en 1759 que, además de prohibir la expropiación sin compensación, contenía disposiciones sobre el trato requerido para los extranjeros y sus propiedades, así como derechos relativos al establecimiento de empresas en el Estado parte (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 7). A partir de este momento, este tipo de tratados se hizo más común entre Estados soberanos; no obstante, a estos tratados, suscritos entre Estados con capacidades de negociación similares, le siguieron otros de la misma naturaleza suscritos con Estados no-europeos en el marco del “encuentro colonial”, lo que implicó que la base de la protección de la propiedad extranjera dejara de ser de reciprocidad a ser una de imposición (Miles, 2013, p. 21). La protección de extranjeros pronto adoptó la forma de un “estándar mínimo de trato” al que

estos, en su mayoría inversionistas, tenían derecho y que, rápidamente se argumentó, hacía parte del derecho internacional consuetudinario (D'Aspremont, 2012, p. 10).

Con posterioridad, los procesos de independencia y descolonización en la segunda mitad del siglo XX generaron preocupación para las potencias exportadoras de capital de que los extranjeros y sus propiedades quedaran sometidas a las leyes de otros países en tanto que se percibía que en los nuevos Estados se estaban adoptando políticas socioeconómicas que amenazaban con la abolición de las normas internacionales sobre protección de la propiedad de extranjeros (Dolzer & Schreuer, 2012, p. 4). La incertidumbre respecto del estado de las normas consuetudinarias de protección de extranjeros, que se reflejó en el fracaso de las tentativas de alcanzar consensos a nivel multilateral al respecto, llevó a que los Estados optaran por llegar a acuerdos a nivel bilateral, a través de tratados cuyo objeto de protección no se limitaba ya a la *propiedad*, sino que cubría el concepto más amplio de *inversión*.

En este contexto, el primer TBI moderno fue suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959. Al TBI Pakistán – Alemania le siguieron los TBI suscritos, primero entre Estados del Norte Global, y luego entre Estados del Norte Global y Estados del Sur Global (Dolzer & Schreuer, 2012). Con todo, los TBI adquirieron importancia a finales del siglo XX, con el aumento del recurso para el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS, por sus siglas en inglés), que se produjo a raíz de dos laudos que reconocieron que el Estado puede prestar su consentimiento al arbitraje de inversión tanto mediante cláusulas de resolución de controversias de TBI suscritos con anterioridad al surgimiento de la controversia (AAPL c. Sri Lanka, 1990), como mediante legislación nacional (SPP c. Egipto, 1992). Lo anterior bajo un contexto histórico determinante, a saber, el triunfo de la ideología neoliberal, la imposición de políticas favorables a la inversión extranjera por parte de instituciones financieras internacionales y la hegemonización de discursos que aseguraban que la inversión extranjera era un motor de desarrollo (Urueña & Prieto-Ríos, 2017, p. 161). El auge de los TBI en la década de los noventa fue notable, cuando la cifra de tratados suscritos aumentó de 385 a 1857 (Prieto-Ríos, 2011, p. 117). Desde

entonces los AII se multiplicaron y, en la actualidad, se registran 3284, entre los cuales 2654 están en vigor (UNCTAD, 2020, p. 106).

En el caso de Colombia, la década de los noventa también marcó un punto de partida en procesos de liberalización e integración global, que también ocurrieron en la mayoría de sus pares latinoamericanos, y la Constitución Política de 1991 no fue ajena a las tendencias de apertura económica que se habían vuelto dominantes en la época (Prieto-Ríos, 2011). En términos de la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente: “el fenómeno de la integración económica, que habrá de producir los mayores efectos en el corto plazo, se inscribe dentro del capítulo más amplio de la integración en general que es expresión de una trascendental tendencia del derecho internacional contemporáneo” (Comisión Quinta, 1991). De esta manera, los artículos 226 y 227 de la Constitución, que ordenan al Estado promover la internacionalización de las relaciones internacionales y la integración económica, social y política a través de la suscripción de tratados con base en los principios de equidad, igualdad y reciprocidad (Constitución Política, 1991), serían el fundamento constitucional más importante para la suscripción de los primeros AII en el país.

Los AII tienen, en líneas generales, dos propósitos, en primer lugar, el de estimular el flujo de inversión extranjera y de crear marcos normativos y regulatorios estables para su desarrollo y, por otro lado, el de promover el desarrollo económico del Estado receptor de la inversión y las relaciones internacionales entre Estados contratantes² (Gazzini, 2012, p. 107).

A pesar de la multiplicidad de AII, en la actualidad se cuenta con más de 3284 AII suscritos en el mundo, la mayoría de ellos tiene una estructura muy similar con sutiles diferencias en la redacción concreta de cada disposición. La protección de la inversión extranjera se da a través de disposiciones tanto sustantivas como procesales. A nivel sustantivo, los AII contienen distintos estándares de protección; los principales y más comunes son el estándar de trato nacional, el trato de la nación más

² La correlación entre la suscripción de AII y la atracción de inversión extranjera sigue siendo profundamente debatida al día de hoy, en gran parte debido a que los estudios empíricos al respecto han alcanzado conclusiones opuestas.

favorecida, el estándar de trato justo y equitativo y la protección contra la expropiación sin compensación. A nivel procesal, los AII facultan al inversionista para que considere que el Estado receptor ha vulnerado el tratado a acudir a distintos mecanismos de solución de controversias, el más prominente es el arbitraje internacional, ya sea *ad hoc* o institucional. Al respecto, la institución protagónica en el arbitraje inversionista-Estado es el CIADI, creado por el Convenio de Washington en 1965. El CIADI es uno de los pocos consensos multilaterales alcanzados en cuestiones de inversión y tiene la función de administrar las controversias de inversión respecto de las cuales tenga competencia según el Convenio.

De los distintos AII suscritos por Colombia, actualmente ocho TBI y once TLC con disposiciones de inversión se encuentran en vigor. Los TBI en vigor son España (suscrito en 2005), Suiza (2006), Perú (2007), China (2008), India (2009), Reino Unido (2010), Japón (2011) y Francia (2014), mientras que los TLC en vigor son el tratado con el Triángulo del Norte (2007), el tratado con la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA, 2008), el tratado de Colombia, Perú y Ecuador con la Unión Europea (2012), el Protocolo Adicional de la Alianza del Pacífico (suscrito en 2014) y los tratados suscritos con México y Venezuela (1994), Chile (2006), Estados Unidos (2006), Canadá (2008), Israel (2013), Costa Rica (2013) y Corea del Sur (2013). La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de cada uno de estos tratados en sentencias cuyas principales conclusiones serán analizadas en la siguiente sección. Igualmente serán tenidos en cuenta los pronunciamientos de constitucionalidad de los primeros acuerdos suscritos y que ya no están vigentes.

La jurisprudencia constitucional frente a los acuerdos internacionales de inversión

Con la adopción de la Constitución Política de 1991, la Corte Constitucional de Colombia asumió “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución” y, entre otras, la función de “decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben” (Constitución Política, 1991, art. 241, num. 10). En el marco del control previo y automático de constitucionalidad de los

tratados internacionales, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de los distintos AII suscritos por Colombia.

El control de constitucionalidad de la Corte Constitucional respecto de este tipo de tratados versa tanto sobre aspectos formales, relativos a la validez de la representación del Estado en la negociación, celebración y suscripción del tratado y al trámite legislativo de su ley aprobatoria, como sobre aspectos materiales. En cuanto al control material de constitucionalidad sobre tratados de contenido económico, la Corte Constitucional había señalado que este debía ser leve, por cuanto su suscripción de estos acuerdos hace parte del margen de discrecionalidad del que goza el Presidente de la República como director de las relaciones internacionales, lo que implica excluir cualquier análisis estricto sobre la conveniencia económica de sus cláusulas y limitar el análisis en la compatibilidad entre las disposiciones del tratado y la Constitución (Sentencia C-608 de 2010). Esto, en cualquier caso, bajo el entendido fijado por la Corte de que los tratados de contenido económico y comercial “no prevalecen sobre la Constitución Política ni sobre el derecho comunitario y tampoco integran el bloque de constitucionalidad” (Sentencia C-269 de 2014, párr. 4.7.4.).

Es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional respecto de los AII es poco elaborada y se ha limitado al desarrollo del control formal en detrimento del control material. Así, en la mayoría de las ocasiones, la Corte se ha limitado a transcribir el texto del tratado *sub examine*, “sin añadir nuevos elementos de debate o sin reconocer la naturaleza dinámica de esta rama del derecho internacional” (Rivas Ramírez, 2017, p. 635). Esto contrasta con la jurisprudencia constitucional relativa a otros instrumentos de derecho internacional, inicialmente caracterizada por estudios juiciosos y profundos de cada uno de los artículos del tratado objeto de examen (Abello Galvis, 2005).

A diferencia de lo que había ocurrido con el análisis de constitucionalidad de los AII en los años previos en la Corte Constitucional, el 2019 marcó un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional con la sentencia de control de constitucionalidad del TBI suscrito con Francia y del TLC suscrito con Israel. En el caso específico del TBI con Francia, la Corte consideró que en la determinación del alcance del control debía: (i) armonizar su función de guardiana de la supremacía

e integridad de la Constitución con la deferencia que la Constitución le daba al ejecutivo en la dirección de las relaciones internacionales y en la celebración de tratados; (ii) tener en cuenta los contenidos y alcances normativos de las cláusulas del tratado a partir de su texto y de los alcances dados por los jueces especializados en la materia en caso de que estas tuvieran relevancia constitucional, y (iii) ejercer un control eficaz de constitucionalidad y precaver y minimizar los riesgos constitucionales de que se comprometiera la responsabilidad internacional del Estado como consecuencia del tratado. La Corte agregó que en el control de constitucionalidad debía prevenir que el Estado asumiese compromisos internacionales inconstitucionales y que actos constitucionalmente permitidos dieran lugar a hechos internacionalmente ilícitos (Sentencia C-252 de 2019, párr. 64).

En ese sentido, la Corte resaltó que con la suscripción de AII existía la posibilidad de que el ejercicio de las facultades legales, judiciales, administrativas o de control de los órganos del Estado, que fueran efectivas para la protección de la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, comprometiera la responsabilidad del Estado, lo que afectaría principios constitucionales de soberanía y sostenibilidad fiscal (Sentencia C-252 de 2019, párr. 63).

En consecuencia, la Corte consideró que existían motivos para abandonar el control leve que se había realizado hasta entonces de los AII en favor de un juicio de razonabilidad que implicaba: (i) analizar la legitimidad de las finalidades del respectivo tratado y de sus cláusulas y (ii) analizar la idoneidad de las medidas previstas en el tratado para alcanzarlas; un análisis similar se dio respecto del TLC suscrito con Israel.

Estas dos sentencias del año 2019 fueron innovadoras en tres aspectos adicionales. En primer lugar, fue la primera ocasión con motivo del control de constitucionalidad de un AII en el que la Corte invitó a practicantes, académicos y funcionarios a presentar intervenciones escritas y orales sobre la exequibilidad de los tratados globalmente considerados, así como de cada una de sus cláusulas. En segundo lugar, la Corte por primera vez analizó de manera profunda el contenido de las cláusulas de los tratados, refiriéndose para ello a criterios auxiliares de interpretación como laudos de arbitraje de inversión. En tercer lugar, a pesar de que se declaró la exequibilidad de los tratados globalmente considerados,

la Corte condicionó su ratificación a la suscripción de declaraciones interpretativas conjuntas entre los Estados parte que versaran sobre ciertas cláusulas de los tratados que admitían interpretaciones contrarias a la Constitución (Sentencia C-252 de 2019; Sentencia C-254 de 2019).

No es una coincidencia que estas sentencias sean las primeras en ser proferidas luego de que se registraran las primera demandas de inversión en contra de Colombia a partir de marzo de 2016. Tampoco lo es el hecho de que sentencias de la Corte Constitucional fueran el origen de varias de estas demandas, algo sobre lo que se llamó la atención en la audiencia pública convocada por la Corte y que esta tuvo en cuenta para abandonar el control leve.

Los pronunciamientos constitucionales en conjunto han dejado ver posiciones de compatibilidad y de incompatibilidad de los AII con la Constitución. Las conclusiones de la Corte Constitucional se pueden agrupar en tres categorías: primero, aquellas relativas a aspectos de compatibilidad global de los AII; segundo, aquellas relativas a aspectos de compatibilidad jurídica, y tercero, aquellos aspectos de incompatibilidad jurídica.

Compatibilidad de los TBI en su globalidad

Como se mencionó en la primera sección, la Constitución de 1991 y la proliferación de la suscripción de AII estuvieron influenciadas por las tendencias internacionales a la apertura económica y el triunfo de la ideología neoliberal. Por este motivo no es sorprendente que la Corte Constitucional, desde sus primeros pronunciamientos sobre la constitucionalidad de AII, encontrara que estos se ajustaban a los objetivos previstos por la Constitución. En este aparte se mencionarán algunas de las consideraciones más importantes.

En el control de constitucionalidad del TBI suscrito con el Reino Unido e Irlanda del Norte en 1994, la Corte Constitucional afirmó que los objetivos de crear un clima de confianza favorable para la atracción de inversionistas británicos y norirlandeses y favorecer la iniciativa comercial individual y el aumento de la prosperidad mediante la promoción de las inversiones eran constitucionales. Lo anterior, por cuanto contribuían a la realización de los objetivos de internacionalización de las relaciones

económicas y respondían a claros motivos de conveniencia nacional de conformidad con el artículo 226 de la Constitución. El argumento desarrollista fue clave ya que, para la Corte, el crecimiento económico del país dependía de los grandes proyectos de infraestructura, que, a su vez, dependían de la contribución de capital y tecnología extranjeros (Sentencia C-358 de 1996). En el análisis del control de constitucionalidad del TBI suscrito con Cuba, la Corte agregó que el tratado estaba encaminado a garantizar un orden económico y social justo, así como una mayor integración latinoamericana. De nuevo, en términos de desarrollo, la Corte afirmó que el desarrollo económico y el bienestar social estaban íntimamente ligados a mayores flujos de inversión extranjera por cuanto estos complementaban el ahorro nacional, financiaban grandes proyectos de infraestructura y apoyaban la expansión industrial en un contexto de globalización de la economía e interdependencia de los Estados (Sentencia C-379 de 1996).

Estas primeras sentencias sentaron las bases para el análisis de constitucionalidad de la globalidad de los TBI que serían suscritos posteriormente. Así ocurrió, por ejemplo, con la sentencia de constitucionalidad del TBI suscrito con España, que adicionalmente resaltó la legitimidad del tratado como herramienta para promover el ingreso de capital extranjero a Colombia, teniendo en cuenta que la inversión extranjera impulsa la economía nacional y que se manifiesta en la recepción de nueva tecnología, maquinaria, conocimiento especializado y personal capacitado. La Corte igualmente se refirió a un argumento del salvamento de voto de la Sentencia C-358 de 1996, según el cual la “internacionalización de las relaciones económicas se convierte en un hecho necesario para la supervivencia y el desarrollo de los Estados que trasciende las ideologías y los programas políticos” (citado en Sentencia C-309 de 2007). Adicionalmente, la Corte se refirió por primera vez a la importancia que significaba el tratado para la inversión de capital colombiano en otros países como una herramienta para que la economía doméstica ensanchara su alcance y participara en mercados más sofisticados que el colombiano (Sentencia C-309 de 2007).

Estas consideraciones se repitieron de manera profusa en los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de nuevos TBI sin mayores variaciones más allá de menciones atinentes a

la importancia de suscribir el respectivo tratado teniendo en cuenta la relevancia estratégica del otro Estado parte, ya fuera por motivos de integración regional o de su posicionamiento en el mercado internacional. En palabras de Tamayo-Álvarez (2020), la Corte subestimó los costos reales de los AII y sobrestimó sus beneficios (p. 472).

La mayor novedad se produjo con la sentencia sobre el TBI suscrito con Francia, ya que, como se mencionó, la Corte decidió estudiar la constitucionalidad del tratado en su globalidad a través de un juicio de razonabilidad. En primer lugar, la Corte juzgó que los objetivos del TBI de impulsar la economía local, generar empleo, promover la recepción de personal y conocimiento capacitado, propender por la promoción del bienestar general y alcanzar niveles adecuados de desarrollo económico eran legítimos y, en específico, materializaban los principios del Estado social de derecho, la internacionalización de las relaciones internacionales y el desarrollo, el bienestar y la prosperidad económicos y sociales (Sentencia C-252 de 2019, párr. 93 y 94). En segundo lugar, la Corte consideró que el tratado era idóneo para alcanzar dichos objetivos y se refirió en ese sentido a que en el trámite de constitucionalidad había sido acreditado que el tratado era compatible con la política pública exterior de Colombia, así como la importancia estratégica de Francia en el flujo de inversiones en el país.

En particular, la Corte se refirió por primera vez a la cuestión sobre si la suscripción de AII aumentaba los flujos de inversión extranjera en los Estados.³ La Corte observó que así como no existía evidencia de que los TBI generaran inversión extranjera, tampoco había evidencia de lo contrario, esto es, de que los TBI no generaran inversión extranjera. Para la Corte, sin embargo, la relevancia estratégica de la inversión extranjera francesa, que estaba acreditada, bastaba para suplir esa falta de evidencia (Sentencia C-252 de 2019, párr. 108). Esto, no obstante, contrasta con lo dicho por la misma Corte, cuando afirmó que una de las premisas en

³ Los estudios que abordan la cuestión de si hay una correlación entre la suscripción de AII y el aumento de flujos de inversión extranjera directa son numerosos y han arrojado conclusiones distintas. Uno de los trabajos más recientes sobre esta cuestión, que consistió en un metaanálisis de 74 de dichos estudios, evidenció que “el efecto de los TBI y otras formas de protección de la inversión en la IED es insignificante o inexistente en términos económicos” (Brada et al., 2020, p. 7).

las que se basaba el juicio de razonabilidad era que las ramas ejecutivas y legislativas “debían aportar razones y evidencia empírica, concreta y suficiente, que justifique la celebración” del tratado (Sentencia C-252 de 2019, párr. 65). Justamente, se ha considerado, en la antesala de este fallo, que el efecto de los TBI de incentivar la inversión extranjera en sede constitucional debía ser demostrado y no simplemente presumido (Urueña & Prada-Urbe, 2019).

Teniendo en cuenta los fallos proferidos desde 1996 hasta hoy, se puede afirmar que la constitucionalidad sobre los TBI en su globalidad, así como sobre sus objetivos y finalidades, es probablemente uno de los puntos en los que se puede afirmar que existe algo cercano a una jurisprudencia pacífica.⁴ La explicación más razonable de esto es que la Corte se ha mostrado cuidadosa en limitar su análisis material de los TBI en su globalidad a criterios jurídicos y no de conveniencia u oportunidad, como fue previsto en la Sentencia C-358 de 1996. No obstante, no se puede negar que, en las consideraciones de la Corte recogidas en esta sección, el análisis del cumplimiento de los mandatos constitucionales implica también un componente de análisis de la conveniencia económica de los TBI para el país que si no ha suscitado más atención, se debe a que ha llegado a conclusiones equiparables a las del Gobierno nacional a lo largo de los años, a través de planes nacionales de desarrollo y documentos Conpes.

Compatibilidades jurídicas bajo el control leve

Hasta 2019, los análisis de la Corte de las principales cláusulas sustantivas y de solución de controversias que la han llevado a concluir que estas son compatibles con la Constitución han sido tenues y breves. En primer lugar, el ejemplo más claro de ello es el control sobre el estándar de trato justo y equitativo, una de las cláusulas de los AII más

⁴ Aunque no de manera radical, la jurisprudencia sobre los TBI en este aspecto se diferencia de aquella sobre la constitucionalidad de los TLC en el sentido que respecto de estos, la Corte ha establecido que el análisis del respeto de los principios de equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional debe considerar “las actuales dimensiones de los intercambios comerciales entre las Partes; las expectativas válidas de incremento de aquellos, al igual que el grado de desarrollo de sus respectivas economías” (Sentencia C-031 de 2009).

controversiales, debido al amplio alcance que le han dado los tribunales arbitrales y también más importantes, teniendo en cuenta que es el estándar cuya vulneración más se alega en arbitrajes inversionista-Estado (UNCTAD, s.f.).

En el control de constitucionalidad del TBI suscrito con el Reino Unido e Irlanda del Norte en 1994, la Corte analizó el trato justo y equitativo junto al estándar de protección y seguridad plenas y observó que, según la posición mayoritaria de la doctrina internacional, estos se determinaban “en cada caso concreto, de conformidad con las reglas contenidas en los respectivos tratados, no respecto de una regla de justicia de carácter abstracto”, razón por la cual “se debe tener en cuenta el objeto y la finalidad del Convenio en la aplicación de cada una de sus reglas particulares” (Sentencia C-358 de 1996). La Corte concluyó que la cláusula era constitucional ya que se adecuaba al principio constitucional de proporcionalidad, tal como había sido desarrollado por la jurisprudencia, que implicaba comparar dos variables relativas con el fin de impedir que se vulneren los derechos constitucionales a través de su restricción injustificada (Sentencia C-358 de 1996). Cabe mencionar que, contrario a lo afirmado por la Corte, se considera que el trato justo y equitativo es precisamente un estándar “absoluto” ya que el análisis de su vulneración no implica hacer referencia a otras situaciones u disposiciones (UNCTAD, 2012, p. 6), como sí ocurre con el trato nacional y la nación más favorecida.

La Corte admitió de nuevo la constitucionalidad de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo prevista en el TBI con España, pero, en esa ocasión, lo hizo con fundamento no en el principio de proporcionalidad, sino en el artículo 226, considerando que el trato estaba “expreso” en la promoción de la integración económica sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. En ocasiones siguientes, como en la sentencia de constitucionalidad sobre el TBI suscrito con Suiza, la Corte omitió referirse en específico al estándar de trato justo y equitativo, subsumiendo su análisis al de las cláusula de trato nacional y nación más favorecida (Sentencia C-150 de 2009).

En el caso de la cláusula de trato justo y equitativo del TBI suscrito con el Reino Unido en 2010, la Corte consideró que la protección contra medidas arbitrarias y discriminatorias, así como la necesidad de propiciar

condiciones de seguridad jurídica, eran necesidades constitucionalmente legítimas teniendo en cuenta la importancia de la inversión extranjera para el país (Sentencia C-169 de 2012).

Adicionalmente, la Corte también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el nivel mínimo de trato. En particular, la cláusula de trato del TBI suscrito con Perú especificó, por primera vez en la práctica convencional del Estado, primero, que el trato justo y equitativo no requería de un trato adicional del requerido por el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y, segundo, que este incluía la obligación de respetar el debido proceso y de no denegar justicia. La Corte observó que con ello se garantizaban los principios de seguridad jurídica y de debido proceso (Sentencia C-377 de 2010). Esto fue reiterado respecto de la cláusula de trato del TBI suscrito con Japón, de redacción casi idéntica (Sentencia C-286 de 2015).

Más allá de que la Corte ha declarado en reiteradas ocasiones la constitucionalidad de las cláusulas de trato justo y equitativo o de nivel mínimo de trato, según el caso, no parece existir claridad respecto del fundamento constitucional que las respalda. La Corte se ha basado en disposiciones y principios constitucionales distintos para declarar que estas cláusulas son constitucionales, ya sea porque cumplen con principios de seguridad jurídica y debido proceso, promueven la internacionalización de la economía con base en equidad o sus objetivos se justifican con base en la importancia de la inversión extranjera para el país.

En segundo lugar, los análisis respecto de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida también han sido usualmente sucintos aunque existe mayor uniformidad en las razones que han conducido a declararlas constitucionales. En efecto, la Corte ha reiterado, desde la sentencia de constitucionalidad del TBI de 1994 suscrito con el Reino Unido e Irlanda del Norte, que estas cláusulas desarrollan los postulados constitucionales relativos al principio de igualdad y a la prohibición de discriminaciones arbitrarias del artículo 13 de la Constitución, así como del artículo 100 que establece que los extranjeros gozan de los mismos derechos que los colombianos. Conviene destacar, no obstante, que la Corte ha afirmado que las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida están sujetas a las restricciones previstas por el artículo 100

en cuanto a la posibilidad de que se subordine a condiciones especiales o se niegue el ejercicio de derechos civiles a los extranjeros por razones de orden público⁵ (Sentencia C-358 de 1996).

En tercer lugar, respecto de las cláusulas de protección contra la expropiación, la Corte ha mantenido una línea uniforme luego de la entrada en vigor del Acto Legislativo 1 de 1999. Esta reforma constitucional, conviene recordar, eliminó el parágrafo que autorizaba expropiaciones sin indemnización por motivos de equidad y que había sido el fundamento para que la Corte declarara inexecutable ese tipo de cláusulas en los AII suscritos con el Reino Unido e Irlanda del Norte (Sentencia C-358 de 1996), Cuba (Sentencia C-379 de 1996), Perú (Sentencia C-008 de 1997) y España (Sentencia C-494 de 1998). Desde entonces, bajo la vigencia de esta reforma, el pago de una indemnización justa y equitativa es un requisito a nivel constitucional para que se lleve a cabo una expropiación por motivos de utilidad pública o interés social (Prieto-Ríos, 2011, p. 134).

Así, la Corte ha confrontado estas cláusulas con las características del artículo 58 de la Constitución, luego de la adopción del Acto Legislativo 1 de 1999, según el cual la indemnización debe ser previa y debe fijarse consultando los intereses de la comunidad y del afectado, para concluir que la exigencia de una compensación por parte de los AII es compatible con la Constitución, así como también lo es el requisito de que sea justa y oportuna (Sentencia C-961 de 2003).

Finalmente, a propósito de las cláusulas de solución de controversias y, de manera más específica, de la posibilidad de que las controversias inversionista-Estado bajo los AII sean sometidas a arbitraje internacional *ad hoc* o bajo los auspicios de instituciones como el CIADI, es importante tener en cuenta que, para avalar la respectiva cláusula del TBI suscrito con el Reino Unido e Irlanda del Norte, la Corte hizo énfasis principalmente en que las autoridades judiciales no quedaban excluidas de plano del conocimiento de la controversia y en que el inversionista debía acudir a las autoridades antes de acudir a tribunales internacionales (Sentencia C-358 de 1996). Como lo reseña Linares Cantillo (2019), la Corte

⁵ Como lo apuntan Fandiño-Bravo (2014, p. 703) y Urueña y Prada-Urbe (2019, p. 20), un condicionamiento así no tiene efectos ante tribunales arbitrales si no se manifiesta en el respectivo tratado mediante notas interpretativas, enmiendas, protocolos adicionales o cualquier otro instrumento de derecho internacional público.

incurrió en una imprecisión ya que el Convenio de Washington faculta al inversionista a acudir al arbitraje bajo el CIADI sin que fuera necesario agotar previamente los recursos internos, algo que es uno de los rasgos diferenciadores del arbitraje de inversión en relación con la mayoría de mecanismos de solución de diferencias del derecho internacional. Por lo demás, en esa ocasión la Corte consideró que el recurso al arbitraje internacional cumplía con los propósitos constitucionales de resolución pacífica de conflictos y de desconcentración de la administración de justicia. Adicionalmente, la Corte afirmó que la naturaleza de las controversias inversionista-Estado bajo el tratado hacía que fuese “mucho más conveniente y pacífico que sea un organismo internacional especializado o un tribunal de arbitraje quien las solucione” y que el recurso a tribunales internacionales era fundamental para la internacionalización de las relaciones políticas, económicas y sociales en términos del artículo 226 de la Constitución (Sentencia C-358 de 1996). A lo largo de la jurisprudencia relativa al recurso al arbitraje inversionista-Estado, la Corte ha sido deferente del arbitraje de inversión, sin considerar, por un lado, que este, más que ser respetuoso del derecho interno, lo desplaza, y que, por otro lado, los árbitros no necesariamente están en una mejor posición que los tribunales nacionales para resolver controversias de este estilo (Linares Cantillo, 2019).

Habiendo dicho esto, bajo el control leve de constitucionalidad se observa que la relación entre la jurisprudencia constitucional y los AII es de relativa armonía y que sus principales cláusulas, someramente analizadas, han sido consideradas ajustadas a la Constitución.⁶

Incompatibilidades jurídicas bajo el juicio de razonabilidad

Como se mencionó, en la sentencia de control de constitucionalidad del TBI suscrito con Francia, la Corte abandonó el control leve que venía realizando desde 1996 por un juicio de razonabilidad, retomado en

⁶ De esta manera, los únicos dos casos de incompatibilidad jurídica bajo el control leve han sido, por un lado, el relativo a la prohibición de expropiación sin compensación, contraria al artículo 58 en su versión anterior a la modificación del Acto Legislativo 1 de 1999, y, por otro lado, el relativo a las cláusulas de trato nacional y de la nación más favorecida, que fueron sometidas a las restricciones del artículo 100 de la Constitución.

el análisis del TLC suscrito con Israel. A pesar de que la Corte declaró en las dos ocasiones la constitucionalidad del tratado, estas sentencias marcan un cambio drástico en relación con el análisis que la Corte venía realizando hasta entonces.

Para empezar, aunque la Corte no discutió la necesidad y justificación del tratado, se mostró sensible al alegato de que se podía vulnerar el principio de igualdad por cuanto ninguna de sus disposiciones sustantivas protege al inversionista nacional en el sentido de ser tratado de manera no menos favorable que el inversionista extranjero, razón por la cual condicionó la exequibilidad del tratado a la suscripción de una declaración interpretativa conjunta en el entendido de que las disposiciones sustantivas no podían dar tratos más favorables injustificados a los inversionistas extranjeros respecto de los nacionales (Sentencia C-252 de 2019, párr. 120).

Respecto del estándar de trato justo y equitativo, tal como fue redactado en el TBI suscrito con Francia, la Corte, refiriéndose de manera reiterada a distintos laudos arbitrales, reconoció por primera vez que el alcance del contenido de este estándar atraía gran parte de la discusión global sobre el derecho internacional de la inversión extranjera por la amplia aplicación que se le había dado. Bajo ese contexto, la Corte observó que había tres interpretaciones del estándar que eran incompatibles con la Constitución.

En primer lugar, la Corte consideró que la disposición relativa a otorgar un trato justo y equitativo “de conformidad con el derecho internacional aplicable a los inversionistas de la otra Parte Contratante y a sus inversiones, en su territorio” no satisfacía el principio de seguridad jurídica y podía vulnerar el principio de soberanía nacional. El primero, por cuanto no permitía identificar cuáles eran los parámetros que resultarían aplicables bajo el derecho internacional para otorgarle contenido al estándar y, en particular, no podía identificar si se trataba del derecho internacional convencional o del consuetudinario. El segundo, por cuanto era posible que el Estado se obligara a normas de derecho internacional a las que no se ha sometido de manera voluntaria (Sentencia C-252 de 2019, párr. 204 y 205). En consecuencia, la Corte consideró que dicha expresión debía ser acotada y determinada por las partes.

En segundo lugar, la Corte se mostró sensible al argumento de que la expresión *inter alia* permitía interpretaciones extensivas e indeterminables de su contenido. Según la cláusula de trato justo y equitativo del TBI suscrito con Francia, el trato justo y equitativo obliga, *inter alia*, a no denegar justicia de conformidad con el debido proceso y a actuar de manera transparente, no discriminatoria y no arbitraria. La Corte consideró que el uso de esa expresión no satisfacía el principio de seguridad jurídica pues “torna indeterminable el contenido de la cláusula (...) y no contiene parámetros básicos para hacer previsible su alcance” lo que podía ser motivo de incertidumbre para las autoridades nacionales en la identificación de las medidas que podrían ser declaradas como internacionalmente ilícitas (Sentencia C-252 de 2019, párr. 208). En consecuencia, la Corte consideró que la única interpretación compatible con el principio de seguridad jurídica era la restrictiva, razón por la cual condicionó su interpretación a que así debía entenderse, en un sentido analógico y no aditivo. Este razonamiento no fue replicado en la sentencia de constitucionalidad del TLC con Israel, pues la Corte consideró que, contrario al TBI con Francia, la expresión *inter alia* era utilizada de modo tal que “es posible derivar de las disposiciones que la contempla, los factores que envuelve y se relacionan con la misma” (Sentencia C-254 de 2019, párr. 119).

En tercer lugar, en cuanto a la disposición de la cláusula que establecía que el trato justo y equitativo debía ser consistente con la consideración de las expectativas legítimas de los inversionistas, la Corte observó que en el derecho internacional de la inversión extranjera existía una incertidumbre y falta de uniformidad respecto del contenido de la expresión *expectativas legítimas*, que resultaba incompatible con el principio de seguridad jurídica y que podía ser mucho más amplio que las expectativas legítimas que eran protegidas bajo el ordenamiento jurídico colombiano, por lo que podía igualmente vulnerar el principio de igualdad. Por ello, la Corte condicionó su constitucionalidad a que los Estados definieran qué debía entenderse por *expectativas legítimas* en el entendido que solo debían surgir “de actos específicos y reiterados (...) que induzcan al inversionista de buena fe a realizar o mantener la inversión y que se trate de cambios abruptos e inesperados efectuados por las autoridades públicas y que afecten su inversión” (Sentencia C-252

de 2019, párr. 212). El mismo razonamiento y condicionamiento fue replicado para la expresión *expectativas razonables* del TLC con Israel, que en este caso se utilizaba en el sentido de que el nivel de interferencia con las *expectativas razonables* del inversionista era un parámetro para la determinación de si una medida constituía una expropiación indirecta (Sentencia C-254 de 2019, párr. 119).

Respecto de las cláusulas de trato nacional y nación más favorecida, la Corte mostró preocupación sobre la inconsistente interpretación arbitral de tres expresiones en concreto. En primer lugar, sobre la expresión *situaciones similares* como requisito para poder comparar el trato dado a inversionistas nacionales o a inversionistas de la nación más favorable con el otorgado al inversionista protegido, la Corte consideró que la incertidumbre en cuanto a su alcance amenazaba el principio de seguridad jurídica, por lo que condicionó su constitucionalidad a que se definiera su contenido en una forma compatible con este principio. En segundo lugar, respecto de las expresiones *necesarias y proporcionales*, incluida en el TBI como condición que deben tener las medidas destinadas a garantizar el orden público que el Estado puede adoptar o mantener sin perjuicio de la cláusula de trato nacional y nación más favorecida, la Corte consideró que “necesarias” podía interpretarse como si estas medidas tuvieran que ser indispensables para alcanzar el objetivo buscado y que “proporcionales” podía interpretarse como una exigencia de que la satisfacción del orden público resultara imperiosa, interpretaciones que eran contrarias al margen de configuración y a la autonomía regulatoria del Estado. Así, la Corte condicionó su constitucionalidad a que se interpretaran preservando estos principios constitucionales. En tercer lugar, la Corte consideró que la cláusula era incompatible con el libre ejercicio de la competencia del ejecutivo de dirigir las relaciones internacionales y negociar tratados pues tenía un efecto “cascada” de importar obligaciones de cualquier otro tratado suscrito por el Estado y de reemplazar las cláusulas del TBI por las de otros tratados en caso de que estas últimas fueran más favorables. Ello tenía como riesgo que el ejecutivo renunciara a conceder beneficios o ventajas a inversionistas de otros Estados en futuras negociaciones. Por ello, la Corte condicionó la constitucionalidad de la expresión *trato* de la cláusula de modo que se preservara la mencionada competencia

del ejecutivo (Sentencia C-252 de 2019, párr. 228 a 255). Este último razonamiento y condicionamiento se replicó respecto de la cláusula de trato nacional y nación más favorecida del TLC suscrito con Israel (Sentencia C-254 de 2019, párr. 121).

Implicaciones de la nueva dirección del control de constitucionalidad de AII

Como se puede observar, las sentencias de control de constitucionalidad de los AII proferidas hasta el 2019 por la Corte Constitucional se caracterizaron por un control leve que condujo a declaraciones de constitucionalidad desprovistas de reflexiones profundas. Esta primera fase de la jurisprudencia puede describirse como una de “acatamiento” de estos tratados y de sus disposiciones por parte de la Corte. Esto en nada se desvirtúa por las declaratorias de inconstitucionalidad de las cláusulas de expropiación previas a la adopción del Acto Legislativo 1 de 1999. Por el contrario, lo reafirman si se tiene en cuenta que las únicas ocasiones en las que la Corte declaró que una disposición de un AII era contraria a la Constitución culminaron no en una reforma al respectivo tratado, sino en una reforma a la Constitución.

El abandono del control leve a favor de un control más estricto a través de un juicio de razonabilidad de las sentencias C-252 y C-254 de 2019⁷ implica, por su parte, un abandono de esa posición de acatamiento por una de “diálogo” que, a nuestro juicio, debe ser bienvenida. De diálogo por cuanto, como se ha comentado, las objeciones, que no son

⁷ En tan solo un año, las sentencias C-252 y C-254 de 2019 han sido objeto de distintos análisis tanto por practicantes como académicos (Prieto 2019; Suárez Ricaurte, 2019; Zuleta & Rincón, 2019; Tamayo-Álvarez, 2020; Titi, 2020). Estos se han enfocado principalmente en la manera en que la posición de la Corte se inscribe en un movimiento generalizado de reforma del derecho internacional de la inversión extranjera, en el uso dado por la Corte en las sentencias a los laudos arbitrales, en la idoneidad de las declaraciones interpretativas conjuntas como instrumento de derecho internacional para alcanzar el objetivo propuesto por la Corte y en si la Corte se extralimitó en sus funciones e invadió las competencias exclusivas del ejecutivo para dirigir las relaciones internacionales. El análisis de las principales críticas a las sentencias desborda el propósito de este artículo; sin embargo, es indudable que, por un lado, su discusión será objeto de ricas discusiones en los próximos años y, por el otro, constituyen una oportunidad para la Corte de corregir imprecisiones en futuras sentencias.

para nada desdeñables teniendo en cuenta que conciernen potenciales vulneraciones de los principios de seguridad jurídica, de igualdad, de soberanía nacional y de autonomía regulatoria del Estado pudieron haber culminado en declaraciones de inexequibilidad de las respectivas disposiciones (Suárez Ricaurte, 2019; Tamayo-Álvarez, 2020).

La constitucionalidad condicionada como recurso para suplir estas objeciones, aunque suscita válidas preocupaciones,⁸ es una muestra de que la Corte Constitucional está dispuesta a continuar la discusión sobre la constitucionalidad de los AII desde su aplicación material en el derecho doméstico. Prueba de ello es que tanto el Gobierno de Israel como el de Francia se mostraron dispuestos a reunirse de nuevo con el Gobierno colombiano para la adopción de estas declaraciones. En los dos casos, las respectivas declaraciones interpretativas han sido adoptadas, lo que permitió que los tratados entraran en vigor en 2020. El 10 de agosto en el caso del TLC suscrito con Israel y el 15 de octubre en el caso del TBI suscrito con Francia.⁹

El cambio de posición relativo al estándar de control de AII por parte de la Corte Constitucional no constituyó entonces una estocada para el derecho internacional de la inversión extranjera en Colombia como sí lo fue para los Estados miembros de la Unión Europea, por ejemplo, el fallo Achmea proferido por el Tribunal de Justicia, que eventualmente llevó a la terminación de todos los TBI intraeuropeos.¹⁰ Esto es significativo si se considera que la manera en la que las cortes domésticas, y en particular las cortes constitucionales, se aproximan al derecho internacional de la inversión extranjera suscita particular atención en las discusiones

⁸ Es inevitable convenir con el salvamento de voto del magistrado Linares Cantillo (2019) para el cual la Corte, en sus condicionamientos, pareció imponer al ejecutivo su interpretación particular de ciertas disposiciones que desconocen el sentido corriente de los términos del tratado y alteran y modifican sustancialmente el contenido de algunas obligaciones pactadas.

⁹ El texto de las declaraciones interpretativas conjuntas, así como de los tratados, puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.tlc.gov.co/acuerdos/a-internacional-de-inversion>

¹⁰ El 6 de marzo de 2018, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea profirió una sentencia en la que declaró que la cláusula de solución de controversias del TBI suscrito entre Países Bajos y Checoslovaquia era incompatible con el derecho de la Unión Europea por razones que eran extensibles al resto de TBI suscritos entre Estados miembros de ella (Achmea, 2018). Eventualmente, los efectos del fallo Achmea llevaron a que los Estados miembros de la Unión Europea suscribieran el 29 de mayo de 2020 el “Acuerdo para la terminación de los tratados entre Estados miembros de la Unión Europea” en el cual se sentaron las condiciones de la terminación de estos acuerdos (Diario Oficial de la Unión Europea, 2020).

más actuales sobre la materia (ver, por ejemplo, Titi, 2020). Como lo explica Prieto (2019), la decisión de la Corte de optar por declarar la constitucionalidad de AII condicionada a la adopción conjunta entre los Estados contratantes de declaraciones interpretativas podría ser tenida en cuenta por otras cortes de América Latina enfrentadas a tensiones y cláusulas de AII similares.

Las sentencias C-252 y C-254 señalan igualmente un cambio por parte de la Corte en la forma de percibir el arbitraje de inversión. Hasta entonces, la jurisprudencia de la Corte parecía adherirse a la postura ortodoxa que considera el arbitraje de inversión como un mecanismo de solución de controversias meramente comerciales de derecho privado. Por ejemplo, al ejercer el control de constitucionalidad del Convenio de Washington, la Corte afirmó que la complejidad técnica de los conflictos inversionista-Estado hacía que árbitros especializados estuvieran mejor posicionados que los tribunales nacionales para su resolución (Sentencia C-446 de 1996). Por el contrario, la Corte, con el cambio de posición relativo al alcance de control de constitucionalidad sobre los AII, parece basarse en la consideración de que el arbitraje de inversión constituye, en palabras de Urueña y Prada-Urbe (2019), “un ejercicio descentralizado de autoridad pública global” que implica, entre otras, la revisión de medidas y regulaciones adoptadas por el Estado en el ejercicio de su soberanía.

Más allá de la discusión sobre si el derecho internacional de la inversión extranjera es de naturaleza exclusivamente pública o de naturaleza híbrida, es de celebrar que la Corte Constitucional haya abandonado la postura según la cual este es de naturaleza exclusivamente privada, pues gracias a ello han surgido varios de los cuestionamientos al arbitraje de inversión relativos a la falta de transparencia e inconsistencia entre decisiones, que hasta ahora se están tratando de remediar.

Por lo demás, el cambio en el alcance del control de constitucionalidad es una forma efectiva por parte de la Corte de hacer frente al discurso encriptado del régimen del derecho internacional de la inversión extranjera, que resulta de la complejidad, el tecnicismo y la vaguedad de las cláusulas de los AII (Prieto-Ríos, 2018). Frente a esto, el abandono del control leve por un control más intenso es la única

manera en que la Corte puede realizar un control de constitucionalidad verdaderamente eficaz de estos tratados.

En suma, el favorecimiento del diálogo en detrimento del solo acatamiento adoptado la Corte Constitucional constituye una valiosa oportunidad para que el derecho internacional de la inversión extranjera en Colombia cuente con mejores herramientas para balancear intereses públicos y privados.

Referencias

- Abello Galvis, R. (2005). La Corte Constitucional y el derecho internacional. Los tratados y el control previo de constitucionalidad. 1992-2004. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 7(1), 305-382.
- Achmea, Sentencia-Asunto C-284 (Tribunal de Justicia, Gran Sala 6 de marzo de 2018).
- ANDJE. (s.f.). *Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*. https://www.defensajuridica.gov.co/agencia/dependencias/Paginas/controversias_dji.aspx
- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3 (27 de Junio de 1990).
- Brada, J. C., Drabek, Z., & Iwasaki, I. (2020). Does Investor protection increase foreign direct investment? A meta-analysis. *Journal of Economic Surveys*. <https://doi.org/10.1111/joes.12392>
- Comisión Quinta. (15 de abril de 1991). Ponencia: Internacionalización de las relaciones económicas e integración supranacional. *Colección digital: Asamblea Nacional Constituyente*. Banco de la República - Presidencia de la República.
- Constitución Política de la República de Colombia. (20 de julio de 1991). *Gaceta Constitucional* (116).
- D'Aspremont, J. (2012). International customary investment law: Story of a paradox. En T. Gazzini, & E. de Brabendere (Eds.), *International investment law: The sources of rights and obligations*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Declaración interpretativa conjunta. (10 de agosto de 2020). *Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y el Estado de Israel*.
- Diario Oficial de la Unión Europea. (29 de mayo de 2020). Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea. *L 169/1*.

- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2012). *Principles of International investment law*. Oxford University Press.
- Fajardo Rivera, D. (2014). Salvamento parcial de voto. *Sentencia C-252 de 2019*.
- Fandiño-Bravo, J. C. (2014). LL.M. Thesis: The Role of Constitutional Courts in International Investment Law and Investment Treaty Arbitration: A Latin American Perspective. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, 18(1), 667-745. <https://doi.org/10.1163/18757413-00180021>
- Gazzini, T. (2012). Bilateral Investment treaties. En T. Gazzini, & E. De Brabandere, *International investment law: The sources of rights and obligations*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Linares Cantillo, A. (2019a). *El derecho aplicable en el arbitraje de inversión. La tensión con el derecho interno*. Universidad Externado de Colombia.
- Linares Cantillo, A. (2019b). Salvamento de voto. *Sentencia C-252 de 2019*.
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press.
- Prieto, G. (29 julio, 2019). The Colombian Constitutional Court Judgment C-252/19: A new frontier for reform in international investment law. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. <https://www.ejiltalk.org/the-colombian-constitutional-court-judgment-c-252-19-a-new-frontier-for-reform-in-international-investment-law/>
- Prieto-Ríos, E. (2011). BITS y la Constitución Colombiana de 1991: Internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 31(1), 109-143. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1508>
- Prieto-Ríos, E. (2018). Encrypted international investment law in the age of neo-colonialism. En R. Sanín-Restrepo (Ed.), *Decrypting Power* (pp. 49-66). Rowman & Littlefield.
- Rivas Ramírez, D. (2017). El derecho internacional de las inversiones, otro de los desaires de la jurisprudencia constitucional. En J. I. Acosta López, P. A. Acosta Alvarado, & D. Rivas Ramírez (Eds.), *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*. Universidad Externado de Colombia.
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-008 de 1997 (23 de Enero de 1997). [MP Alejandro Martínez Caballero]
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-031 de 2009 (28 de Enero de 2009). [MP Humberto Antonio Sierra Portol]
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2009 (11 de marzo de 2009). [MP Mauricio González Cuervo].

- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-169 de 2012 (7 de marzo de 2012). [MP Maria Victoria Calle Correa]
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2019 (6 de junio de 2019). [MP Carlos Bernal Pulido].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-254 de 2019 (6 de junio de 2019). [MP José Fernando Reyes Cuartas].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-269 de 2014 (2 de mayo de 2014). [MP Mauricio González Cuervo].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 2015 (13 de mayo de 2015). [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-294 de 2002 (23 de abril de 2002). [MP Jaime Araujo Rentería].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-309 de 2007 (3 de mayo de 2007). [MP Marco Gerardo Monroy Cabal].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-358 de 1996 (14 de agosto de 1996). [MMPP Carlos Gaviria Díaz; José Gregorio Hernández Galindo].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-377 de 2010 (19 de mayo de 2010). [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-379 de 1996 (22 de agosto de 1996). [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-446 de 1996 (19 de diciembre de 1996). [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-494 de 1998 (15 de septiembre de 1998). [MP Hernando Herrera Vergara].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-608 de 2010 (3 de agosto de 2010). [MP Humberto Sierra Portó].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-655 de 2004 (8 de Julio de 2004). [MP Rodrigo Escobar Gil].
- Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-961 de 2003 (21 de octubre de 2003). [MP Manuel José Cepeda Espinosa].
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3 (20 de Mayo de 1992).
- Suárez Ricaurte, F. (19 de September de 2019). Judgment C-252 of 2019 of the Constitutional Court of Colombia: Change of precedent on the control of BITS. *IISD: Investment Treaty News*. <https://www.iisd.org/itn/2019/09/19/judgment-c-252-of-2019-of-the-constitutional-court-of-colombia-change-of-precedent-on-the-control-of-bits-federico-suarez-ricaurte/>

- Tamayo-Álvarez, R. (2020). Constitutionality of the Colombia-France bilateral investment treaty. Judgment C-252/2019. *The American Journal of International Law*, 114(3), 471-478.
- Titi, C. (2020). Control constitucional y derecho internacional de inversiones a través de cuatro sentencias constitucionales en Colombia, Ecuador, y la Unión Europea. *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, (Número especial).
- UNCTAD. (2012). Fair and equitable treatment: A sequel. *UNCTAD Series on Issues In International Investment Agreements II*.
- UNCTAD. (2019). *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*. United Nations.
- UNCTAD. (2020). *World investment report 2020: International production beyond the pandemic*. United Nations.
- UNCTAD. (s.f.). *Investment Policy Hub*. Obtenido de Breaches of IIA provisions alleged and found. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement>
- Urueña, R., & Prada-Urbe, M. A. (2019). Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: Elementos para un estándar de revisión constitucional nacional más estricto. *MPIL Research Paper Series*, (2019-05).
- Urueña, R., & Prieto-Ríos, E. (2017). Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones. En L. M. Céspedes-Báez, & E. Prieto-Ríos (Eds.), *Utopía u oportunidad fallida. Análisis crítico del Acuerdo de Paz* (pp. 159-182). Editorial Universidad del Rosario.
- Zuleta, E., & Rincón, M. C. (2019, July 4). Colombia's Constitutional Court conditions ratification of the Colombia-France BIT to the interpretation of several provisions of the treaty. *Kluwer Arbitration Blog*. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/04/colombias-constitutional-court-conditions-ratification-of-the-colombia-france-bit-to-the-interpretation-of-several-provisions-of-the-treaty/?print=print&doing_wp_cr on=1598545728.692275047302246093750