

Arbitraje inversionista-Estado y fragmentación interpretativa de estándares de protección: los casos América Móvil y Telefónica contra Colombia

Investor-State arbitration and the fragmentation of interpretations of protection standards: the America Movil and Telefonica cases against Colombia

Lina Lorenzoni-Escobar*
Universidad EAFIT

José Alberto Toro-Valencia**
Universidad EAFIT

Resumen:

El presente artículo aborda el problemático fenómeno de la fragmentación interpretativa de las cláusulas de los tratados de protección a la inversión extranjera por parte de los tribunales internacionales de arbitraje, usando como caso de estudio los recientes laudos de América Móvil y Telefónica contra Colombia. Se observa cómo los mismos hechos, fallados bajo tratados distintos, dan lugar a interpretaciones disímiles de principios tan importantes para la soberanía estatal como la deferencia judicial y cómo, frente a un estándar tan comentado y cuestionado como el trato justo y equitativo, el tribunal del caso de Telefónica decide omitiendo motivar su decisión, con aproximaciones desacertadas desde la disciplina del derecho internacional. Se concluye en la importancia del perfil de los árbitros para evitar la fragmentación interpretativa, el diagnóstico de un viejo problema todavía muy vigente.

Abstract:

This article addresses the problematic phenomenon of interpretative fragmentation of clauses in foreign investment protection treaties by international arbitration tribunals, using as a case study the recent awards of América Móvil and Telefónica against Colombia. It is observed how the same facts, decided under different treaties, give rise to dissimilar interpretations of principles as important to state sovereignty as judicial deference, and how, in the face of a much-discussed and questioned standard such as fair and equitable treatment, the tribunal in the Telefónica case decided without providing reasons for its decision, with flawed approaches from the discipline of international law. The article concludes with the importance of the arbitrators' profile in order to avoid interpretative fragmentation, in reality diagnosing a long-standing problem that is still very much alive.

* Doctora en Derecho por la Universidad Martín Lutero de Halle-Wittenberg. Profesora de Derecho Internacional, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

** Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra Barcelona. Profesor de Derecho Internacional, Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

¹ Los autores agradecen la colaboración y asistencia de Sara Elena Montoya Palacios, abogada de la Universidad EAFIT, estudiante de la Maestría en Estudios Jurídicos de la misma universidad y asistente de investigación del proyecto Derecho Internacional y Cadenas Globales de Valor. Todos los errores e imprecisiones son responsabilidad de los autores del texto.

Palabras Clave:

Trato justo y equitativo; perfiles arbitrales en el arbitraje inversionista-Estado; deferencia judicial; interpretación evolutiva; fragmentación interpretativa

Keywords:

Fair and equitable treatment; arbitral expertise in investor-State arbitration; judicial deference; evolutionary interpretation; fragmentation in interpretation

1. Introducción

El arbitraje inversionista-Estado protagoniza los debates sobre la reforma del sistema actual de protección de la inversión extranjera. Desde el año 2017, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) convocó un grupo de trabajo sobre la materia (CNUDMI, 2017; UNCTAD, 2015b) en el que se plantean diferentes acciones para la reforma y transformación del sistema. Una de las críticas que surge en dicho grupo es la necesidad de crear un tribunal permanente, bien para resolver impugnaciones a los laudos, bien para resolver directamente las diferencias. Esta necesidad se deriva de la crítica relativa al rol de los árbitros en el sistema y a las interpretaciones cacofónicas de estándares de protección en un contexto de bilateralidad del régimen de protección a la inversión extranjera.

Este es un aspecto que genera debates en la literatura (Waibel *et al.*, 2010; Olivet & Eberhardt, 2012; Grisel, 2020; Van Harten & Vastardis, 2023). En primer lugar, se critica el origen de los árbitros, pues estos provienen —en su mayoría— del campo del arbitraje comercial internacional o del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Este origen detona la crítica de la capacidad de los árbitros para analizar diferencias que tienen como punto de partida el Derecho Internacional Público, que es el fundamento de las disputas entre los Estados y los inversores. En tal sentido, se plantea que dicho perfil de árbitros no cuenta con las competencias de análisis propias del campo de los tratados internacionales y de los sujetos de derecho internacional. En segundo lugar, se cuestiona el tipo de controversias que surge en el ámbito de la protección internacional de la inversión. La mayor parte de estas controversias atienden a la capacidad regulatoria del Estado; involucrando decisiones estatales que afectan políticas públicas, interés general, desastres naturales, entre otras. En tal sentido, el actuar específico del Estado se puede originar en consideraciones propias de su actuar soberano que en el marco del ordenamiento jurídico y del debido proceso no son arbitrarias. Este es un punto de tensión recurrente en la crítica a los árbitros provenientes de entornos vinculados a la contratación y al comercio internacional. En tercer lugar, se debate el sesgo a favor del inversor.

Si bien la evidencia refleja un cierto equilibrio en las decisiones de los árbitros (Franck, 2019), es consistente la crítica orientada a que un número significativo de ellos fundamenta sus decisiones sobre la base que el inversor es la parte débil de la relación. Si bien esta es una valoración compleja, la manera como ciertos tribunales interpretan estándares como el trato justo y equitativo (TJE) genera dudas respecto de la real capacidad de las compañías inversoras en el análisis de la inversión, la debida diligencia para invertir y el conocimiento del entorno de inversión.

La reciente saga litigiosa que involucra el sector de telecomunicaciones en Colombia da cuenta de dichas críticas. Los tratados de protección a la inversión extranjera vigentes entre Colombia y México, Colombia y España, dan lugar a dos laudos que reflejan aproximaciones distintas de cada tribunal arbitral: por un lado, en lo que respecta a la relación entre el tribunal arbitral como instancia internacional y las decisiones de un juez doméstico de jerarquía, una Corte Constitucional; por el otro, en lo que respecta al papel del tribunal arbitral como tercero sustanciador de una decisión motivada. Lo anterior tiene, evidentemente, repercusiones sobre la responsabilidad del Estado en el plano internacional, lo que en el contexto latinoamericano resulta especialmente sensible —como ocurre en todo el mundo en vía de desarrollo— dadas las limitaciones de presupuesto y lo que le implica al erario el pago de indemnizaciones a los inversionistas, existiendo apremiantes exigencias de inversión social.

La presente contribución, partiendo de las controversias que se suscitaron a partir de una decisión de la Corte Constitucional colombiana, tanto a nivel doméstico como a nivel internacional, busca evidenciar la fragmentación en la aproximación de los tribunales arbitrales a asuntos tan neurálgicos para la soberanía como la deferencia judicial y tan esenciales para la legitimidad del arbitraje inversionista-Estado como la competencia en derecho internacional público reflejada en la motivación del laudo. Partiendo de una descripción de las medidas objeto de la controversia, de los litigios que las mismas generaron y de los tribunales arbitrales conformados a nivel internacional (2), nos detendremos en un primer momento sobre

el concepto de deferencia judicial y cómo los dos tribunales en cuestión lo abordan, encontrando aproximaciones desde orillas muy distintas tanto desde la perspectiva de la calidad de los razonamientos como desde la observancia de la deferencia en sí (3). En un segundo momento, nos enfocaremos en el análisis por parte del tribunal establecido bajo el tratado de protección a la inversión extranjera con España, que se ocupó de la demanda de Telefónica contra el Estado colombiano, del estándar de TJE, encontrando importantes falencias desde la argumentación y motivación bajo el prisma del derecho internacional público (4).

2. Las medidas colombianas objeto de la controversia

En este apartado se examinará el marco regulatorio colombiano y el contexto en el que surge la controversia entre los dos operadores de telefonía celular y el Estado. Para ello, se estructura en tres segmentos. En el primero de ellos, se presentará el contexto de la telefonía móvil y de datos en Colombia y las normas legislativas. En un segundo apartado se examinará la competencia de la Corte Constitucional y las consecuencias de sus decisiones. Finalmente, en un tercer apartado se desarrollará la controversia contractual generada como consecuencia de la interpretación de la sentencia judicial.

2.1. Contexto de la telefonía móvil y marco jurídico en Colombia

Las reformas estructurales de los años noventa en América Latina transformaron la manera como los Estados de la región gestionaban los servicios públicos (Ocampo, 2013; Lora, 2001). De igual forma, estas reformas condujeron parcialmente al desarrollo de estándares técnicos en la conducción de la economía e incentivaron un conjunto de procesos de privatización en diferentes sectores de esta o se dio la apertura a que actores privados prestaran ciertos servicios (Estrin & Pelletier, 2018). En Colombia este proceso se da en la administración de César Gaviria Trujillo (1990-1994) (Melo, 2020) y durante dicho gobierno se implementa una serie de medidas, políticas y procesos que incentivan inversión nacional y extranjera en distintos sectores.

La telefonía móvil celular es uno de dichos sectores. Esta modalidad de tecnología de la información y de la comunicación se da en Colombia a partir de 1994, en un proceso en el cual el Estado, a través del entonces Ministerio de Comunicaciones (hoy Ministerio de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación), dividió el territorio para efectos de otorgar concesiones de ciertas bandas del espectro electromagnético. En estas demarcaciones operaron, en un entorno de competencia, dos

operadores por región definida. Uno de ellos de capital público-privado y el otro de capital privado.

Estas licitaciones se convocaron con base en un — entonces— novedoso marco normativo, tanto para el sector de las telecomunicaciones como para el campo de la contratación pública. La Ley 37 de 1993 estructuró el nuevo sector de la telefonía móvil y la Ley 80 también de 1993 reformuló la manera como contrata el Estado colombiano. En la Ley 37 de 1993 se estipuló que estos contratos tenían un plazo de 10 años renovables por igual término. De igual manera, en las normas reglamentarias se estableció la obligación de devolución de los activos al culminar el contrato, es decir, la reversión de dichos activos a favor del Estado.

Las transformaciones del mercado de las telecomunicaciones en Colombia —y en general en América Latina— generan la necesidad de incrementar las inversiones y redimensionar la capacidad de los operadores (Clavijo, 2025). Esto condujo a un cambio regulatorio y a una serie de fusiones y adquisiciones que transformó completamente el mercado. La Ley 422 de 1998 modificó obligaciones respecto de la devolución de los activos. En particular, que la devolución solo comprendería las frecuencias radioeléctricas. Posteriormente, en el año 2009 se reorganizó el sector de las telecomunicaciones. El cambio más relevante en relación con los operadores se dio en el sentido que solo estaban obligados a devolver la frecuencia del espectro radioeléctrico y no los activos, conjuntamente con la reorganización del sector en la Ley 1341 de 2009.

Igualmente, se produjo una consolidación en el número de las compañías prestadoras del servicio como consecuencia de los cambios normativos, las transformaciones del mercado y las inversiones adicionales. Se terminaron las divisiones de operación territorial de las frecuencias y se habilitó la prestación nacional del servicio de telefonía celular y transmisión de datos. Se abrió una nueva frecuencia y en la frecuencia previa el fenómeno de fusiones y adquisiciones supuso pasar de seis operadores a solo dos, a saber, Telefónica y América Móvil, a través de sus marcas Movistar y Claro.

Desde su consolidación, estas compañías plantearon la necesidad de clarificar el alcance de las leyes posteriores frente a la obligación contractual de revertir los activos. Esto condujo a reuniones constantes con el Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación, en las cuales siempre se condicionó una respuesta por parte del ente estatal a los ajustes normativos. En dicho contexto se presenta una demanda de inexequibilidad ante la Corte Constitucional de Colombia, la cual se analizará en el siguiente apartado.

2.2. La sentencia C-555 de 2013 de la Corte Constitucional colombiana

Colombia, al igual que la mayoría de los Estados de América Latina, experimentó una transformación constitucional a comienzo de los años noventa. En julio de 1991 se promulgó una nueva constitución política que transformó completamente la estructura del Estado, los derechos y la regulación de la economía. Dentro de las transformaciones contempladas en el nuevo texto constitucional está la creación de un tribunal autónomo de la Corte Suprema de Justicia.

La Corte Constitucional es el tribunal creado por la Carta de 1991 y tiene jurisdicción para adjudicar en materia de Derechos y decidir sobre la constitucionalidad de las leyes promulgadas por el Congreso de la República y otras normas equivalentes. Este tribunal está conformado por nueve miembros elegidos por el Senado de la República de Colombia de ternas que le remiten la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Presidencia de la República. Sus miembros son electos por períodos de ocho años y no pueden ser reelegidos.

La Corte Constitucional es un tribunal que, en sus casi 34 años de existencia, se ha convertido en uno de los más respetados del planeta (Merhof, 2015). La Corte, en su competencia constitucional, es un órgano ante el cual pueden acudir los ciudadanos colombianos para ejercer la acción pública de constitucionalidad frente a las normas de nivel legislativo por considerar que no se compadecen con el texto constitucional, tanto en su dimensión formal como material. La acción pública de inconstitucionalidad es ejercida por cualquier ciudadano en los términos del artículo 241 de la carta constitucional y del Decreto 2067 de 1991. De allí que es una eventualidad que cualquier norma de rango legislativo pueda ser impugnada. El tribunal solicita la intervención de distintas entidades tanto del Estado como de organizaciones de la sociedad civil —tanto en la dimensión social como económica—. La Corte puede, en consecuencia, retirar del ordenamiento jurídico la norma que estime inconstitucional o invalidar o modular sus efectos o generar interpretaciones condicionadas.

La demanda presentada impugnaba la constitucionalidad de dos normas. Por una parte, el artículo 4 de la Ley 422 de 1998 que modificaba la Ley 37 de 1993. Por la otra, el inciso 4 del artículo 68 de la Ley 1341 de 2009. En especial, si la norma relativa a la devolución de los activos establecida en dicha ley se ajustaba a la Constitución Política de Colombia. En la conversación entre las compañías operadoras de telefonía celular y el Estado era esperable que o bien este último o las compañías

operadoras ejercieran dicha acción para clarificar el proceso de devolución de los activos.

La Sentencia de la Corte Constitucional encuentra que las normas impugnadas se encontraban acordes al texto constitucional colombiano. Sin embargo, estima que es necesario condicionar su interpretación al hecho que no genera efectos sobre los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas, invocando, entre otras, consideraciones de interés público. Estas consideraciones atienden al hecho que una eventual no devolución de los activos necesarios para la operación de la telefonía celular generaría un detrimento fiscal al Estado. Finalmente, ante la interpretación del tribunal constitucional el Estado dio inicio al proceso arbitral del derecho interno.

2.3. El laudo arbitral doméstico

Como consecuencia de la interpretación de la Corte Constitucional, se genera un conflicto contractual entre las operadoras de la telefonía celular y el Estado. Este conflicto se materializa en una demanda de arbitraje de derecho interno. En dicho proceso se discute si es posible inferir la devolución de los activos de las potestades contempladas en los contratos de concesión del espectro. Al ser un contrato de naturaleza pública en Colombia, se aplican las reglas de la contratación pública, razón por la cual el tribunal debe revisar los estándares de la alta corte competente para dichos efectos, que es el Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es el órgano que se ocupa de resolver las controversias jurídicas que involucren al Estado —en cualquier de sus niveles—. La contratación pública es uno de los campos con mayor desarrollo jurisprudencial debido al nivel de litigiosidad debido a que los vacíos normativos y la interpretación de las disposiciones se llenan y desarrollan por medio de la jurisprudencia de dicho tribunal. En consecuencia, el tribunal arbitral debe acudir a la jurisprudencia del Consejo de Estado para identificar cuál es la jurisprudencia vigente para la interpretación de ciertas eventualidades contractuales de contratos suscritos antes de los cambios legislativos.

El tribunal arbitral encuentra que —siguiendo las tesis del Consejo de Estado— por una parte, las renovaciones del contrato se rigen por la ley vigente al momento de la firma del mismo, en palabras del tribunal “habrá que concluir que el contrato de concesión durante su prórroga continuó sujeto a la norma legal bajo la cual se celebró, esto es, la Ley 37 y la Ley 80 de 1993, por lo cual no es aplicable la Ley 422 de 1998” (Min.T.I.C. c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comcel S.A., 2017, p. 139). Adiciona su razonamiento en cuanto indica que, a pesar de lo medular que es la devolución de

los activos, en ninguna de las modificaciones que se hicieron al contrato las compañías plantearon la reforma de dicha cláusula. En consecuencia, el tribunal encuentra que las compañías tienen la obligación contractual de revertir los activos.

A pesar de los cambios normativos que se han dado en las sucesivas modificaciones a los contratos, no se reformó la cláusula de reversión y, por tanto, esta no se rige por la ley vigente al momento de la controversia, sino por la ley vigente al momento de la suscripción del contrato. Concluye, en consecuencia, que las operadoras deben efectuar la devolución, la cual tasa en una indemnización económica a favor del Estado.

2.4. El paso al arbitraje internacional

Estos hechos llevan a dos disputas arbitrales bajo cláusulas de solución de diferencias arbitraje-Estado de tratados de protección a la inversión extranjera distintos. El primero, es el caso *América Móvil S.A.B DE C.V. c. República de Colombia* (2021), fallado bajo el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia del 13 de junio de 1994, que entró en vigor el 1 de enero de 1995 (Tratado Colombia-México). El laudo de este caso fue enviado a las partes el 7 de mayo de 2021 (en adelante, “Laudo América Móvil”).

El segundo, fue el laudo en el caso *Telefónica S.A. c. República de Colombia* (2024), fallado bajo el Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (2005). Dicho laudo se emitió el 12 de noviembre de 2024 (en adelante, “Laudo Telefónica”).

2.4.1. Los fundamentos de las demandas

Aunque ambos arbitrajes se originaron en los mismos hechos —la Sentencia C-555 de la Corte Constitucional, la Resolución 598 de 2014 emitida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min TIC) y el laudo doméstico que obligó a la recompra de activos—, la diferencia esencial radicó en el marco jurídico disponible en cada tratado. América Móvil, amparada por el Tratado de Libre Comercio Colombia-México, carecía de acceso al estándar de TJE, por lo que estructuró su demanda como un caso de expropiación ilícita. Para sostenerlo, alegó que el “Derecho a la no Reversión” había sido reconocido durante más de quince años y que su desconocimiento constituyó una “expropiación judicial”, intentando incorporar nociones como las expectativas legítimas dentro del análisis de expropiación (*América Móvil c. Colombia*, 2021, párr. 97, 124).

La demandante sostuvo que el Derecho a la no Reversión encontraba sustento tanto en el marco contractual de las concesiones como en las

modificaciones legislativas introducidas por las Leyes 422 de 1998 y 1341 de 2009, que limitaron la reversión al espectro radioeléctrico (*América Móvil c. Colombia*, 2021, párr. 73–76 y 97). En su criterio, esta regulación y la conducta de las autoridades confirmaron reiteradamente que la infraestructura de red seguiría siendo propiedad de Comcel al finalizar las concesiones, lo que generó una expectativa legítima de estabilidad jurídica (párr. 97). A juicio de la empresa, la decisión de la Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 2013, al declarar inconstitucional esa interpretación, no solo desconoció ese derecho, sino que dio lugar a la Resolución 598 de 2014 emitida por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min TIC) y al laudo arbitral doméstico, que obligaron a Comcel a recomprar los activos revertidos (párr. 87–89). Por ello, calificó la actuación de Colombia como una “expropiación judicial” que privó a la inversión de un derecho previamente reconocido por el propio ordenamiento jurídico y reforzado por la práctica estatal.

En contraste, Telefónica, protegida por el *Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones* (2005), sí podía invocar el TJE y centró su reclamo en la conducta estatal contradictoria y carente de transparencia, argumentando que los cambios regulatorios quebrantaron la seguridad jurídica y frustraron sus expectativas legítimas, configurando así una violación de dicho estándar (*Telefónica c. Colombia*, 2024, párr. 405 y 411).

La identidad de los hechos subyacentes a la controversia no incidió en los resultados de los litigios, pues el Laudo América Móvil no encontró responsable al Estado, mientras que el Laudo Telefónica condenó a Colombia. Este último laudo actualmente es objeto de recurso de anulación por parte de Colombia (Departamento de Derecho Económico – Universidad Externado, 2025).

2.4.2. La composición de los tribunales arbitrales

La comunidad de árbitros refleja una fuerte interacción y construcción de relaciones para reforzar la necesidad del arbitraje como fenómeno jurídico. Puig (2014) reflejaba el capital social como un elemento medular en la construcción de la comunidad arbitral y en el factor de continuidad y repetición en la integración de tribunales de arbitraje. Puig y Shaffer (2018) apreciaban que uno de los elementos que impulsa la reforma al sistema arbitral es separar la comunión entre los árbitros y las compañías.

Por su parte, Langford, Behn y Lie (2017) ponen de manifiesto el riesgo de la puerta giratoria. Este fenómeno atiende al tránsito constante entre la función arbitral y la asesoría jurídica en despachos

de abogados. En su análisis indagan en más de mil tribunales y encuentran de manera repetida que se da de forma continua el doble rol de abogado asesor y árbitro.

En los dos procesos arbitrales se emplearon los mecanismos de designación propios del arbitraje internacional de inversiones. Un árbitro designado por la empresa inversora, uno por el Estado receptor de la inversión y el tercero, de mutuo acuerdo o nombrado por eventualmente por la institución arbitral —según las reglas aplicables— quien preside el tribunal. Los tribunales se conformaron de la siguiente forma. En el tribunal de América Móvil el árbitro designado por la empresa inversora fue José A. Martínez de Hoz, el designado por el Estado fue Rodrigo Oreamuno y finalmente el presidente del tribunal Luca G. Radicati di Brozolo. Por su parte, en el tribunal de Telefónica el árbitro designado por la compañía fue Eduardo Grigera Naón, Yves Derain fue el designado por el Estado y José Emilio Nunes Pinto el presidente del tribunal.

Allí es posible encontrar ciertos patrones en la formación de los árbitros que son conformes con la literatura sobre sus perfiles. En el tribunal de América Móvil se encuentra que el costarricense Rodrigo Oreamuno es uno de los árbitros que tiene un amplio número de nombramientos por parte de los Estados. Según el Transnational Institute (2024), ha sido árbitro en 18 ocasiones, de las cuales ha sido presidente en 8 y en las 10 restantes ha sido el árbitro designado por el Estado receptor de la inversión, nunca por la empresa inversora. En tal sentido, se encuentra que es un abogado con amplia experiencia proveniente de un estado de América Central y con experiencia en el alto gobierno de su país. Por tanto, es un profesional con conocimiento de las dinámicas regulatorias de los estados.

Los otros dos integrantes de este tribunal responden a dos perfiles diferentes, el presidente el italiano Radicati di Brozolo es un profesional del arbitraje, perfil que combina con una profunda presencia en los círculos académicos, tanto como profesor, como publicista. Por su parte, el árbitro designado por la compañía inversora, el argentino Martínez de Hoz, refleja el perfil de un árbitro formado en el campo del arbitraje comercial internacional, con una amplia participación en los círculos de dicho arbitraje, en especial los vinculados a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. El resultado favorable al Estados se da por mayoría en la cual Martínez de Hoz disiente de la opinión mayoritaria.

Un tribunal muy diferente es el del caso de Telefónica. Uno de los integrantes es Horacio Grigera Naón quien —al igual que Oreamuno— es uno de los profesionales con más designaciones como árbitro, lo ha sido en 27 ocasiones (Transnational Institute, 2024), solo que de estas, 25 han sido

designaciones hechas por las compañías inversoras, una por el Estado y una como presidente del tribunal. En consecuencias, este árbitro refleja un claro perfil pro-empresa. Esto es explicable, pues tiene una gran experiencia en el arbitraje comercial internacional, al haber sido secretario general de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París y Special Counsel de una de las firmas estadounidenses con especial énfasis en el arbitraje en sus distintas dimensiones. Es, por tanto, una de las figuras más reconocidas del arbitraje desde la dimensión empresarial.

El presidente del tribunal es el reconocido profesor de arbitraje Yves Derains, quien ha sido árbitro de inversión en 16 ocasiones: 10 como árbitro designado por el Estado, 5 como presidente y 1 como árbitro designado por la empresa (Transnational Institute, 2024), este registro que pareciera ser un contrapeso a la trayectoria de nombramientos de Grigera, no es tal en la medida que Derains es el líder de lo que Dezalay y Garth denominan en su gran estudio sobre el arbitraje como firmas boutique de arbitraje (Dezalay & Garth, 1998). En consecuencia, Derains puede ser considerado como una persona que es tanto árbitro, como abogado asesor de procesos arbitrales internacionales. En la información de su firma de abogados de arbitraje, Derains & Gharavi se promociona de manera especial su rol como abogado de diferentes compañías en procesos de arbitraje internacional y, al igual que Grigera, su participación en la modernización de los mecanismos de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Finalmente, el presidente del tribunal, el abogado brasileiro José Emilio Nunes Pinto, es un reconocido árbitro de arbitrajes comerciales, tanto del derecho interno de Brasil, como de arbitrajes comerciales internacionales. Llama la atención que estos tres árbitros con perfiles similares pronunciaran un laudo unánime en contra del Estado.

En suma, las características de los árbitros que integraron sendos tribunales parecieran orientar el sentido de los laudos arbitrales en examen. En especial, el perfil de los árbitros cercanos al arbitraje comercial internacional puede generar laudos unánimes independiente del sentido del laudo. Esto es especialmente interesante en los casos en estudio por la profundidad argumental que se da en el proceso de América Móvil y las debilidades del arbitraje de Telefónica.

En efecto, ambos laudos, desde sus diferencias, suscitan reflexiones transversales acerca de cómo el arbitraje inversionista-Estado se aproxima a la presencia del Estado en el litigio y de cómo la calidad —bajo estándares de derecho internacional público— de la sustentación de la argumentación puede variar, incluso significativamente.

3. El estándar de deferencia a tribunales internos en el derecho internacional

Como ilustran los hechos, el agravio sufrido por los inversionistas radicaba en la decisión adoptada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-555 de 2013, en la cual se discutía la constitucionalidad de las normas que definían el alcance de los contratos de concesión de la telefonía celular en Colombia. La deferencia de cada tribunal arbitral a la decisión de la Corte Constitucional difiere sustancialmente. Lo anterior invita a reflexionar acerca del estándar de deferencia y, como parte de este, acerca de la intensidad del escrutinio a determinaciones del orden interno, particularmente, constitucionales, por parte de instancias internacionales de arbitraje de inversión.

3.1. La deferencia en el arbitraje de la inversión extranjera

El concepto de deferencia en el derecho internacional se ha usado para describir los enfoques de razonamiento que ayudan a estructurar las relaciones entre dos actores. La deferencia significa, entonces, que el primer actor otorga cierto peso o relevancia a la decisión del segundo actor con la finalidad de llegar a una decisión sobre un asunto determinado (Shirlow, 2021). La relación de deferencia puede darse tanto entre actores internacionales y nacionales, como entre actores internacionales que operan en distintos campos.

Según Shirlow (2021), el margen de deferencia dependerá de si el actor internacional considera que existe un conflicto (o superposición) entre su propia autoridad y la de otro actor. Dependiendo del grado de superposición, el actor podrá negarse a reconocer cualquier papel a la autoridad de otros actores; adoptar las decisiones de los demás actores reconociéndolas como superiores; o diferir la toma de una decisión a la espera del resultado del proceso de toma de decisiones de otro actor. Shirlow también afirma que el concepto de deferencia, a su vez, está estrechamente relacionado con otros conceptos que describen manifestaciones particulares de la deferencia. El llamado “*standard of review*” —estándar de revisión— es una de dichas manifestaciones.

Dentro del arbitraje de inversiones, de acuerdo con Paine (2018), el término “estándar de revisión” se entiende comúnmente como la intensidad del escrutinio aplicado por un tribunal arbitral internacional a las determinaciones previas de hecho o derecho realizadas por un Estado receptor de la inversión. En la práctica, no se evidencia un estándar de revisión fijo; más bien, el mismo se articula a lo largo de un espectro que oscila entre una deferencia absoluta y un examen sustitutivo de la medida examinada (Henckels, 2015). En tal

sentido, algunos autores dudan sobre la pertinencia del ejercicio de revisión judicial por parte de tribunales y cortes internacionales (Fahner, 2022). Según Fahner, asignarles a jueces, a menudo nombrados sobre la base de una competencia específica, un mandato semi-constitucional para el control del poder público doméstico, a su vez fruto del equilibrio democrático de poderes, es sumamente problemático desde la perspectiva de legitimidad constitucional.

No obstante, en el régimen de protección a la inversión extranjera, dicho control opera casi que por defecto. Dado que bajo dicho régimen los inversionistas acceden directamente al arbitraje internacional, por lo general sin el requisito de agotar los recursos internos, la “función de gobernanza” (Urueña, 2016) que desempeñan los tribunales inversionista-Estado, al revisar la legalidad de la conducta gubernamental, es más inmediata que la de otros tribunales internacionales, pues es menos mediada por los tribunales internos (Van Harten, 2020); el debate alrededor del estándar de revisión se siente pues más agudamente en esta forma particularmente intrusiva de adjudicación internacional (Paine, 2018). La forma como el tribunal decida ubicarse en el espectro arriba mencionado naturalmente determina la intensidad de su escrutinio. Desde luego que se mantiene el interrogante sobre la legitimidad constitucional del mismo, en especial en contextos en los que la medida impugnada es una decisión de una corte constitucional, como en el presente caso.

En general, los tribunales señalan que debe alcanzarse un umbral relativamente alto antes de que se considere que la conducta de un Estado viola las normas de los tratados de inversión. Si bien estas no son afirmaciones categóricas, demuestran una preocupación por parte de muchos árbitros de inversiones frente a revisiones sustitutivas *de novo* de las determinaciones discrecionales realizadas por las autoridades del Estado receptor (Paine, 2018, párr. 19). El laudo del tribunal en el caso *S.D. Myers, Inc. c. Canadá (2000)* ha sido particularmente influyente en tal sentido, pues se refirió al “[...] alto grado de deferencia que el derecho internacional generalmente otorga al derecho de las autoridades nacionales a regular asuntos dentro de sus propias fronteras” (Tribunal Arbitral bajo el Capítulo 11 del TLCAN, 2000, párr. 263).

Así, la doctrina y la práctica arbitral han identificado algunos elementos que han orientado a los tribunales. Por ejemplo, cuando la redacción del tratado incluye expresamente el derecho del Estado a regular, ello puede inclinar la balanza hacia un mayor grado de deferencia frente a las medidas adoptadas por el Estado receptor de la inversión. Paine (2018), al analizar el caso *Al Tamimi vs. Omán* (2015), destaca que la inclusión en el tratado de

una cláusula sobre el derecho del Estado a adoptar medidas ambientales permitió ampliar el nivel de deferencia incluso dentro del marco del estándar mínimo internacional.

Por otro lado, cuando los inversionistas demandan decisiones de tribunales internos —lo que es relevante en este caso—, tradicionalmente se ha otorgado cierta deferencia a las decisiones judiciales nacionales. La excepción a lo anterior se da cuando la decisión es el fruto de una situación de denegación de justicia, aunque también hay aperturas hacia un escrutinio más intenso de las decisiones de adjudicación internas en virtud de estándares contenidos en los tratados, distintos a la denegación de justicia, que no establecen un umbral tan alto de responsabilidad (Paine, 2018).

Aquí es donde entran en juego las aproximaciones a la intensidad del estándar de revisión basadas en cómo se concibe la deferencia hacia una autoridad. En este sentido, Shirlow (2021) introduce el concepto de “autoridad epistémica normativa” para explicar cómo varía el fundamento que justifica el reconocimiento de una autoridad y, en consecuencia, el grado de escrutinio que debe aplicarse a sus decisiones. Según la autora, dicho reconocimiento puede sustentarse en tres enfoques distintos: uno formal, que se basa en la investidura legítima para gobernar; otro procesal, centrado en la legitimidad del procedimiento seguido —por ejemplo, si fue participativo o respetuoso del debido proceso—; y un enfoque normativo, que evalúa las decisiones con base en valores sustantivos como la equidad, los derechos humanos o la igualdad. Es a partir de estas aproximaciones que un órgano internacional puede justificar una interpretación menos rigurosa de una obligación internacional, otorgando así mayor deferencia a la autoridad nacional competente en la toma de decisiones.

No existe, pues, un solo estándar de revisión ni un solo estándar de deferencia. Si bien esto caracteriza el derecho internacional en general, en el derecho internacional de la inversión extranjera se trata de un ejercicio sensible, por las razones ya explicadas, en el que los árbitros no ejercen un estándar de revisión uniforme (Van Harten, 2013). El caso concreto que nos ocupa evidencia dicha falta de uniformidad frente a la misma decisión de la Corte Constitucional.

3.2. Dos tribunales, dos aproximaciones propuestas a la deferencia judicial

La “autoridad epistémica” asignada por cada tribunal arbitral a la sentencia de la Corte Constitucional difiere significativamente.

Por un lado, el Laudo América Móvil, citando además sendas fuentes, afirma la existencia de una posición unánime” según la cual la consideración del derecho

doméstico por parte de un tribunal internacional debe basarse en “la interpretación aceptada de ese derecho” (América Móvil c. Colombia, 2021, párr. 332); el tribunal enuncia así un principio, según el cual el juez internacional “debe referirse a la interpretación del derecho doméstico que prevalece en la jurisprudencia y en la doctrina del ordenamiento doméstico en cuestión (párr. 334). El tribunal señala que este principio y obligación que del mismo se deriva para el tribunal, se hace “más evidente” cuando la cuestión de derecho doméstico es una decisión judicial doméstica (párr. 336). Como quiera entonces que, según el Laudo América Móvil, el juez nacional es el único intérprete autorizado de su derecho (párr. 336), el juez internacional no podrá desviarse de dicha aplicación ni imponer su propia evaluación sobre cómo debería ser resuelta una cuestión a la luz del derecho doméstico (párr. 338). Aquí prevalece, pues, el reconocimiento de la autoridad epistémica desde la perspectiva formal, siendo el juez doméstico quien legítimamente está investido de la autoridad para interpretar la ley doméstica.

Ahora bien, el Laudo América Móvil reconoce que la autoridad epistémica formal tiene un límite, pues no opera de manera absoluta ni incondicionada; en efecto, puede dar lugar a responsabilidad internacional del Estado (párr. 345). Este límite es descrito por el Laudo América Móvil como el que existe cuando la sentencia doméstica es el fruto de un “procedimiento judicial gravemente defectuoso” desde el punto de vista procesal (la denegación de justicia), excepcionalmente desde el punto de vista del resultado sustancial, y como el que existe cuando las sentencias son “claramente incompatibles con el derecho internacional, pues implican una violación directa de una regla internacional” (párr. 347). En esta última categoría, el Laudo América Móvil cita algunos ejemplos: decisiones que niegan inmunidades diplomáticas previstas por el derecho consuetudinario, aquellas que no respetan las limitaciones de la jurisdicción territorial del Estado, aquellas que violan derechos humanos o, eventualmente, aquellas que violarían una hipotética convención internacional sobre telecomunicaciones que obligara a los Estados a acordar un trato determinado a los activos utilizados por los operadores.

En cuanto a la primera categoría, la que limita la autoridad epistémica formal de las decisiones de tribunales domésticos, el Laudo América Móvil, en todo caso, afirma que es unánime el reconocimiento de que solo en situaciones excepcionales puede cuestionarse la aplicación del derecho interno por parte de los tribunales internos, citando para el efecto laudos arbitrales que lo han hecho frente a escenarios de irracionalidad, arbitrariedad, aplicación incorrecta clara y maliciosa de la ley (párr. 351). Concluye entonces, que “las decisiones

de los tribunales domésticos no pueden ser revisadas si simplemente han aplicado de manera incorrecta el derecho doméstico o han llegado a un resultado no previsible, incluso no concordante con la jurisprudencia anterior” (párr. 352), por lo que concluye que ni la Sentencia C-555 de la Corte Constitucional ni el Laudo Doméstico violan el derecho internacional (párr. 398). El umbral entonces para que la autoridad epistémica normativa sea desconocida es, según el Tribunal en el caso América Móvil, especialmente exigente y deferente.

Por su parte, el Tribunal del Laudo Telefónica considera también que, si bien la denegación de justicia es una circunstancia frecuente de violación del derecho internacional, no es la única. Cita para estos efectos la misma autoridad doctrinaria citada por el Tribunal del Laudo América Móvil, a saber, el profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga, quien teoriza la responsabilidad internacional del Estado por actos judiciales no solo por denegación de justicia, sino también por incompatibilidad clara con el derecho internacional (párr. 135). Entre los ejemplos enumerados por el Tribunal, se incluyen la violación de inmunidades, el exceso del límite de competencia territorial bajo el derecho internacional, la violación de un tratado de extradición. El Tribunal en el Laudo Telefónica indica entonces que es procedente evaluar otros supuestos de violación distintos a la denegación de justicia (párr. 136, 142).

No obstante, el análisis del tribunal en cuestión, a diferencia del Laudo América Móvil, está acompañado por el sustento de muy pocas autoridades, y finalmente no concluye ni que haya habido denegación de justicia, ni que se haya configurado otro tipo de violación de derecho internacional. En efecto, se limita a afirmar que “el Tribunal Arbitral considera que la Sentencia C-555 consagra el tratamiento no igualitario entre operadores. Esa posición está expresada claramente en el Salvamento de Voto del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez” (párr. 425).

En otras palabras, por un lado, la autoridad epistémica de la Corte Constitucional es inoperante, lo es en cambio —si acaso la tuviere— la del magistrado que salva su voto; por el otro lado, el tribunal considera que el tratamiento no igualitario consagrado por la sentencia es *per se* violatorio del derecho internacional, sin que se analice, para llegar a dicha conclusión, el umbral de gravedad que debe tener la conducta del órgano estatal. Lo anterior resulta además problemático por la jerarquía de la Corte Constitucional colombiana, no solo en cuanto órgano de cierre constitucional del ordenamiento jurídico colombiano, sino también en cuanto cuerpo de reconocida competencia y respetabilidad (Merhof, 2015).

De las decisiones analizadas se encuentra que los tribunales le otorgaron un peso diferente a la sentencia del máximo tribunal constitucional del Estado colombiano, aplicando de manera disímil criterios de derecho internacional general por su parte orientados mayoritariamente a una deferencia epistémica como punto de partida del análisis. Además, se aprecia una diferencia significativa en carga argumental de los laudos examinados, lo que se refleja en el rigor técnico desde el punto de vista de la disciplina del Derecho internacional. Así, tenemos un tribunal, el de América Móvil, que pareciera reflejar las bondades de perfiles de árbitros familiarizados con el componente público de la ley aplicable y de una de las partes de la controversia y, en extremo opuesto, el tribunal de Telefónica, que reproduce en su argumentación (o falta de ella) justamente lo que se critica del sistema. La ligereza del Tribunal del Laudo Telefónica en cuestiones de derecho internacional público incide negativamente sobre la calidad del laudo y puede repercutir en el análisis de nulidad, eventualmente, por falta de motivación.

Dicha ligereza se extiende a la aproximación del Tribunal del Laudo Telefónica al estándar de TJE, uno de los fundamentos de las pretensiones del demandante sobre el que el tribunal de América Móvil no podía detenerse por no estar incluido el estándar en el Tratado Colombia-México.

4. Trato justo y equitativo en el Laudo Telefónica

El estándar de TJE está incluido virtualmente en todos los acuerdos internacionales de inversión (Kläger, 2011) y ha suscitado un sinnúmero de aportes doctrinarios que han reflexionado acerca de su alcance e impacto sobre la soberanía estatal (Montt, 2009; Sornarajah, 2010; Kläger, 2011; más recientemente Bonnitche, Poulsen, Waibel, 2017; Dolzer, Kriebaum, Schreuer, 2022). Es también una causa de acción prominente (Kläger, 2011; Montt, 2009) y altamente efectiva, pues la mayoría de las demandas exitosas en arbitraje internacional se basa en la violación del TJE (Sornarajah, 2010; Bonnitche, Poulsen, Waibel, 2017; Dolzer, Kriebaum, Schreuer, 2022). Es, además, un estándar que no tiene una definición uniforme (Rosentreter, 2015). Su formulación varía de tratado en tratado, incluso de manera significativa; pero, en general e históricamente, ha tenido por objetivo llenar los vacíos dejados por otros estándares más específicos, reforzando así el nivel de protección buscado por el tratado (Dolzer, Kriebaum, Schreuer, 2022). Tradicionalmente, entonces, el TJE se ha caracterizado por su carácter abierto (Nadakavukaren, 2022).

No obstante, el desarrollo de nuevas políticas de redacción de tratados a partir del Siglo XXI tiene por

objetivo, entre otros (UNCTAD, 2015a), establecer el TJE como una excepción limitada al poder regulatorio del Estado (Angelet, 2022), reduciendo su ambigüedad y acotando la discrecionalidad interpretativa de los tribunales (Xavier Junior, & Morosini, 2021).

La copiosa literatura sobre del estándar, hace surgir entonces el interrogante acerca de la utilidad de abordarlo una vez más en un escrito académico. No obstante, resulta de interés en el contexto de la decisión adoptada por la mayoría en el Laudo Telefónica, pues su razonamiento redundante en la vigencia de las propuestas de reforma del sistema de solución de controversias arbitraje inversionista-Estado. Es de recordar que la motivación de los laudos se considera como necesaria para limitar la posibilidad de decisiones arbitrarias y también como una herramienta para la buena toma de decisiones (Baetens, 2023).

4.1. El TJE como estándar abierto: una aproximación técnicamente reprochable del Tribunal del Laudo Telefónica

El tribunal parte de afirmar que:

En realidad, no existe una definición unívoca de TJE en la jurisprudencia de los tribunales internacionales de inversión. Además, es admitido generalmente por dichos tribunales que la determinación de la ausencia o no de TJE dependerá de las características y circunstancias particulares de cada caso y que no puede prefigurarse de antemano (CIADI, 2024. Telefónica S.A. c. República de Colombia, párr. 408).

El enfoque adoptado por el Tribunal del Laudo Telefónica obedece a la concepción del TJE como un principio del derecho internacional de la inversión extranjera, el cual es abierto y flexible a las circunstancias de cada caso (Angelet, 2022, párr. 9). Se trata, también, del enfoque del tratado actualmente vigente entre Colombia y España, de 2005 (en adelante, Tratado de 2005), el cual el Tribunal de Telefónica estaba llamado a aplicar, pues ahí las partes simplemente establecen, en su artículo segundo, que las inversiones y los inversionistas de la otra parte “*recibirán un tratamiento justo y equitativo*”.

No obstante, el tribunal también identifica algunos *topoi* (Kläger, 2011), un “núcleo fijo de certeza” (Pastor Palomar, 2006) en el marco de este estándar abierto:

[...] como ha sido aceptado por la mayoría de los tribunales arbitrales de inversión, el TJE tiene por función impedir que el Estado asuma conductas o adopte medidas que: (i) frustren las expectativas legítimas del inversor; (ii) acusen falta de transparencia o sean contradictorias; (iii) sean irracionales o arbitrarias; o (iv) impacten la inversión de manera negativa o desproporcionada

(Telefónica S.A. c. República de Colombia, 2024, párr. 409).

La argumentación del Tribunal de Telefónica aquí es ligera, en el sentido de que no cita la “mayoría de tribunales” que usa para justificar estos *topoi* y no de otros. Si bien es cierto que ha habido una convergencia hacia un núcleo fundamental de conceptos que le da contenido al TJE (Nadakavukaren, 2022), también es cierto que hay aspectos de esta convergencia que están *in fieri*, en el sentido de que son varios los elementos que los tribunales arbitrales, caso por caso, han identificado como pertenecientes al estándar. Entre estos, es común que se enumeren la prohibición de denegar justicia y el debido proceso, la prohibición de medidas arbitrarias, irrazonables y discriminatorias, la prohibición de trato abusivo —incluyendo coerción y acoso—, la obligación de transparencia y consistencia, las legítimas expectativas del inversionista (Rosentreter, 2015).

El Tribunal del Laudo Telefónica aborda algunos elementos de este “núcleo de certeza” omitiendo otros, notablemente, el debido proceso y la prohibición de denegación de justicia, sin duda parte del estándar (Nadakavukaren, 2022; Sarmiento, Nikiëma, 2022). Sin ir muy lejos, el tribunal de Glencore vs. Colombia (2019), interpretando el Artículo 4(2) del tratado de protección a la inversión extranjera entre Colombia y Suiza de 2005, que también contiene una cláusula de TJE abierta que establece la obligación de cada parte de garantizar un tratamiento justo y equitativo”, indicó que “es indiscutido que una violación del debido proceso, sea en procedimientos judiciales o administrativos, puede resultar en una violación del estándar de TJE” (Glencore y Prodeco c. Colombia, 2019, párr. 1319). Es llamativa esta omisión no solo porque la denegación de justicia como umbral de la intensidad de la revisión fue argumentada por Colombia (Telefónica c. Colombia, 2024, párr. 110), sino también porque en la prohibición de denegar justicia radica el origen mismo del estándar entendido como un estándar de derecho internacional (Neer v. Estados Unidos Mexicanos, 1926). También es relevante la omisión dada la importancia de la denegación de justicia para determinar el umbral de deferencia arriba discutido, de alguna manera es importante para el Tribunal del Laudo Telefónica no abordar esta cuestión que es transversal a su argumentación.

La redacción del laudo procede mediante afirmaciones, no se discute la doctrina que matiza y da alcances a dicho estándar. Por ejemplo, el tribunal indica que “[L]as expectativas legítimas son objeto de protección bajo el derecho internacional como integrante del principio general de derecho internacional que protege la buena fe” (Telefónica c. Colombia, 2024, párr. 444). Dado que el Tratado de 2005 incluye una cláusula de TJE abierta y dado que

las expectativas legítimas se consideran en todo caso parte del estándar, es razonable que el Tribunal de Telefónica las incluyera. Lo que deja que desear es la falta de técnica en la exposición de la relevancia de dichas expectativas en el caso concreto.

En efecto, la doctrina de las expectativas legítimas, propia del derecho de la inversión extranjera y no del derecho internacional general (Bolivia c. Chile, 2018, párr. 162), ha despertado cuestionamientos respecto de su fundamento normativo y legal (Hepburn, 2025), considerándosele “particularmente problemática” dado su impacto restrictivo en la capacidad regulatoria de los Estados (UNCTAD, 2015a). Debido a ello, algunos laudos establecen que, al evaluar la legitimidad de las expectativas del inversionista, se considere el derecho legítimo del Estado receptor de la inversión a regular (Rosentreter, 2015). Si bien cambios regulatorios constantes y arbitrarios pueden constituir una violación de las expectativas legítimas, las mismas no garantizan un marco regulatorio fijo e inmutable (Angelet, 2022). Como ha afirmado con autoridad el Tribunal en el caso *Blusun v. Italia* (2016) —un tribunal presidido por James Crawford e integrado por Pierre-Marie Dupuy—, para que surja una expectativa legítima, hay que distinguir claramente “entre la ley, a saber, una norma de mayor o menor generalidad que crea derechos y obligaciones mientras esté vigente, y una promesa... El derecho internacional no hace vinculante aquello que no era vinculante para empezar” (párr. 371).

El Tribunal en el Laudo Telefónica da mucha importancia en su argumentación a discusiones ocurridas a lo largo del proceso legislativo, citando para el efecto gacetas del congreso y señalando ponencias particulares de algunos congresistas (Telefónica c. República de Colombia, 2024, párr. 413), lo que resulta sorprendente por decir lo menos dada la irrelevancia en términos de manifestación de la *opinio juris* o práctica de Colombia de debates además no contextualizados (no se menciona el debate en sí sino las posiciones de congresistas favorables a la retroactividad de la ley) en el seno de su poder legislativo (CDI, 2018a, Conclusión 5). El Tribunal además menciona que, durante los trabajos preparatorios de la ley, también algunos representantes del poder ejecutivo, entre ellos el ministro de comunicaciones, hicieron declaraciones favorables a la reversión al Estado de la frecuencia y no de los equipos. Concluye: “Si tal era la opinión dominante de los integrantes del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, era legítimo que Telefónica tuviese la expectativa de que la reversión estaba limitada al espectro radioeléctrico” (Telefónica c. República de Colombia, 2024, párr. 414). Si bien un aprendizaje, como veremos, para las autoridades del Estado radica en la prudencia frente a sus pronunciamientos, el Tribunal no explica por qué razón son relevantes para la generación

de expectativas legítimas pronunciamientos de particulares que no son órganos del Estado (congresistas en el marco de debates legislativos) y que manifiestan preferencias que luego no se materializan en una norma. Tampoco explica el Tribunal, de qué manera las opiniones informales de los integrantes del poder ejecutivo comprometen internacionalmente al Estado. Lo anterior, dado el viraje doctrinario y arbitral, que es además de vieja data, en el sentido de calificar las expectativas, de manera que sean razonables y específicas (UNCTAD, 2012).

El Tribunal luego señala que, para determinar la ausencia de TJE, deben analizarse la falta de debida transparencia o la presencia de contradicción en las medidas estatales: “Corresponde resaltar que no se trata solamente de brindar un escenario transparente y predecible, sino también de que sea estable, lo que requiere que el Estado se atenga a él. Desde ese punto de vista, es deber del Estado ser coherente con el inversor y sus inversiones” (Telefónica c. República de Colombia, 2024, párr. 445-446). El tribunal, pues, habla de transparencia, a la cual da alcance mediante conceptos de no contradicción, predictibilidad, estabilidad y coherencia.

El umbral de transparencia expuesto es particularmente alto y evoca así un requisito internacional de transparencia más alto que el que rige la conducta incluso de estados *desarrollados* en relación con sus inversionistas en el derecho interno (Montt, 2009). En efecto, la doctrina indica que la transparencia como parte del TJE, se refiere en primer lugar a la “accesibilidad” de las regulaciones y leyes del Estado receptor de la inversión: el inversionista debe poder conocer las regulaciones que rigen la inversión, así como los procedimientos administrativos y sus objetivos (Angelet, 2022). En todo caso, Angelet (2022) aclara que el requerimiento de transparencia es sin perjuicio de la obligación del inversionista de buscar toda la información relevante. Aun cuando el requisito de transparencia en el marco del TJE se aplique a la previsibilidad de las reglas aplicables, se entiende, en todo caso, sin perjuicio del derecho del Estado anfitrión de cambiarlas (párr. 41).

Interpretaciones relacionadas con la estabilidad del marco normativo en contravía del desarrollo normal de la vida económica y el poder regulatorio del Estado, se han considerado en general demasiado amplias y tanto la doctrina como tribunales arbitrales han cuestionado que al inversionista se le proteja la expectativa de estabilidad del marco legal (Rosentreter, 2015). Dadas estas premisas, se echa de menos en el análisis del Tribunal del Laudo Telefónica que, mínimamente, explicara, más allá de la sensibilidad a las realidades económicas de la inversión en tecnología, por qué razón la

estabilidad de la cláusula de reversión de activos en el contrato de concesión (esta nunca se modificó) no era relevante en el contexto del análisis de transparencia del marco normativo.

Finalmente, el Tribunal indica dos estándares adicionales amparados bajo el TJE: la prohibición de que el Estado adopte medidas irrazonables y discriminatorias (Telefónica c. Colombia, 2024, párr. 449) y la prohibición de adopción por el Estado de una conducta que produzca resultados desproporcionados (párr. 452), citando, para sustentar el estándar de proporcionalidad, el caso Occidental Petroleum c. Ecuador (2012); no cita más autoridades. Normalmente, medidas manifiestamente desproporcionales o irrazonables se subsumen bajo la prohibición de medidas arbitrarias (Angelet, 2022). En el caso Elettronica Sicala (1989), la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicó que la arbitrariedad es una “omisión intencional al debido proceso, un acto que conmociona, que por lo menos sorprende, el sentido de comportamiento judicial correcto” (párr. 128). Por lo tanto, la violación del derecho doméstico *per se* no implica una violación del estándar de TJE (Angelet, 2022).

La proporcionalidad, por su parte, según distintos laudos, se presta a una evaluación con un umbral más bajo, pues esta implica evaluar si, en la implementación de una medida, los actos del estado son diseñados para lograr esa política particular, teniendo en cuenta las consecuencias que puede implicar a los inversionistas (Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. vs. Rumania, párr. 525).

En algunos casos, cambios normativos con un efecto retroactivo pueden calificarse como arbitrarios o desproporcionales y por lo tanto atraer la protección bajo el TJE (Angelet, 2022), pero en el caso conocido por el Tribunal de Telefónica, se trataba de una situación opuesta, en la que no se le dio efecto retroactivo a una ley. En todo caso, el margen de apreciación del Estado juega un rol importante en el juicio de razonabilidad y proporcionalidad; justamente, según Angelet (2022), por esto varios tribunales se han abstenido de evaluar la proporcionalidad como un componente autónomo del TJE, dado el estándar de revisión y su alcance intrusivo. No obstante, el Tribunal del Laudo Telefónica se limita a afirmar la importancia de la proporcionalidad en el marco del TJE (Telefónica c. Colombia, 2024, párr. 452), sin evaluarla en el caso puntual. En particular, omite el papel creciente que juega el interés público legítimo en el análisis de proporcionalidad (Scholz Holding GmbH v. El Reino de Marruecos, 2022, párr. 280), lo que era fundamental en este caso, pues la decisión de la Corte Constitucional colombiana

justamente se justifica en un interés legítimo del Estado.

Luego, el Tribunal concluye sobre la violación del estándar “a la luz de la jurisprudencia y de los tribunales internacionales” (Telefónica c. Colombia, 2024, párr. 454), pero solo cita Occidental Petroleum c. Ecuador (2012) y Eiser Infrastructure vs. España (2017). Es notoria la ausencia de referencias doctrinales. En general, el Tribunal del Laudo Telefónica, refleja aproximaciones del TJE muy demandantes en cuanto a revisión de la conducta estatal, sin ningún marco argumentativo que refleje su motivación y sustente sus conclusiones, lo que se requiere de cualquier estándar de revisión abstracto, aplicado a un supuesto práctico (Montt, 2009). Así, una primera aproximación al estándar desde su perspectiva abierta resulta técnicamente reprochable.

4.2. TJE como estándar cerrado: insuficiencias interpretativas a la luz de la regla general de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El análisis abordado por el Tribunal se basa sobre el Tratado de 2005, el cual contiene un estándar abierto de TJE, pues su artículo segundo establece, en su numeral tercero, que “Las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento justo y equitativo [...], no obstaculizando en modo alguno, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el uso, el disfrute y la venta o liquidación de tales inversiones”.

Esta definición contrasta con la adoptada por las mismas partes en el tratado firmado, pero no en vigor aún, en 2021 (en adelante, Tratado de 2021). En efecto, el tratado contempla, en su artículo séptimo, un TJE limitado a cinco supuestos taxativos: una denegación de justicia; un incumplimiento esencial de las garantías procesales, que incluye el principio de transparencia; una arbitrariedad manifiesta; una discriminación específica por motivos claramente injustos como la raza, el sexo o las creencias religiosas; y un trato abusivo hacia el inversionista, como la coacción, acoso o intimidación. Colombia y España aclaran, además, en el mismo artículo, que las expectativas “razonables y objetivas de un inversionista diligente” pueden ser tenidas en cuenta por el tribunal arbitral, así como las obligaciones sustanciales adquiridas con el inversionista.

El interés de Colombia y España en delimitar el alcance del TJE se refleja además en su declaración interpretativa conjunta del Tratado de 2021, firmada el 16 de septiembre de 2021, en la que las partes se refieren a los elementos específicos del TJE, “para

mayor certeza”. Con respecto a una denegación de justicia y un incumplimiento esencial de las garantías procesales, las partes indican que el tribunal deberá tener en cuenta “si la medida o la serie de medidas suponen una falta grave de conducta que ofenda a la corrección judicial” (Colombia y España, 2021b) y que la mera desestimación o rechazo de la impugnación del inversionista no es en sí misma una denegación de justicia. Respecto de la arbitrariedad manifiesta, las partes excluyen que la mera ilegalidad o aplicación incoherente o cuestionable de una política, constituya una arbitrariedad manifiesta. En cambio, “un repudio total e injustificado de una ley o reglamento, o una medida sin razón, o una conducta dirigida específicamente al inversionista o a su inversión cubierta con el propósito de causar daño, probablemente constituyan una arbitrariedad manifiesta” (Colombia y España, 2021b). Finalmente, en relación con las expectativas legítimas y razonables, se indica que el tribunal podrá tener en cuenta “si una parte se había dirigido específicamente a un inversionista para inducirle a realizar una inversión cubierta, creando expectativas razonables y objetivas en las que se basó el inversionista a la hora de decidir realizar o mantener una inversión cubierta, y posteriormente la Parte en cuestión frustró tales expectativas”.

Es pues evidente, que la posición de Colombia y España respecto del estándar de TJE viró sustancialmente entre el Tratado de 2005 y el Tratado de 2021, reflejando además una tendencia general en el mundo de las inversiones, hacia el “recogimiento” (“roll back”) del estándar en el sentido de calificar estrictamente el umbral de su violación (Nadakavukaren, 2022). En el caso del Tratado de 2021, es evidente que las partes enfatizan la impropiedad procesal como parte del estándar y califican el papel de las expectativas del inversionista.

Es por lo tanto importante interrogarse sobre la relevancia de este tratado posterior celebrado por las mismas partes. En efecto, en el régimen de inversión actual, los acuerdos de inversión se interpretan mediante una aproximación que es retrospectiva —basada sobre laudos ya dictados y doctrina— y es en buena medida impulsada por los árbitros (Alschner, 2022). No obstante, Alschner (2022) nos indica que los tratados posteriores pueden colmar vacíos interpretativos, aportando aclaraciones impulsadas en este caso por los Estados; pueden, por lo tanto, constituirse en una “opinión implícita” sobre cómo los Estados contratantes habrían querido que se interpretaran sus acuerdos anteriores (p. 237) y pueden aclarar términos imprecisos pero técnicos, como lo es el TJE. En el caso que nos ocupa, no se trata de cualquier tratado posterior, sino de un tratado posterior firmado por las mismas partes, sobre la misma materia.

4.2.1. Algunas consideraciones sobre el Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT) establece una regla general de interpretación, que se divide en varios párrafos sin que pueda afirmarse una primacía de unos sobre otros: todos los medios de interpretación del artículo 31 forman parte de una única norma integrada (Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI), 2018(b) Conclusión 2, comentario 6). Esta permite al intérprete apoyarse en tratados más completos y en otras prácticas posteriores para modernizar los tratados vigentes (Alschner, 2022). Lo anterior, mediante el uso de acuerdos (Artículo 31(3)(a) CVDT) o práctica subsiguiente (31(3)(b) CVDT) que se refieren directamente a la aplicación o interpretación del tratado interpretado, o mediante el uso de cualquier regla relevante de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (artículo 31(3)(c) CVDT).

Respecto de los literales (a) y (b) del numeral 3 del artículo 31 de la CVDT, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha indicado que acuerdos y práctica subsiguientes, pueden asistir en determinar si la presunción de las partes al ratificar un tratado era darle a un término un significado capaz de evolucionar en el tiempo (CDI, 2018b, Conclusión 8). De esa manera, la intención de las partes tiene una naturaleza objetiva, distinta a la voluntad reflejada en los trabajos preparatorios, que se deriva de la regla general de interpretación consagrada en el Artículo 31 de la CVDT (Bjorge, 2014; CDI, 2018b, Conclusión 8, comentario 9). No obstante, dado que el Tratado de 2021 no se refiere ni a la aplicación ni a la interpretación del Tratado de 2005, parece difícil argumentar bajo los literales en cuestión alguna relevancia interpretativa de aquél.

Por ello, para los fines de la reflexión que se plantea en este escrito, resulta de interés el Artículo 31(3) (c) de la CVDT. El mismo expresa un principio de integración sistémica del tratado dentro del sistema jurídico internacional (McLachan, 2005; Dörr, 2018) y cumple una función que permite, *ex post*, colmar lagunas del tratado objeto de interpretación (Alschner, 2022). Concretamente, como se indicó, el Artículo 31(3)(c) de la CVDT establece que “se tendrán en cuenta, junto con el contexto: [...] (c) cualquier regla relevante de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

En cuanto a la contemporaneidad de la regla aplicable, si se puede demostrar que la expresión sujeta a interpretación se asumía como alterable por las partes, entonces será pertinente la ley aplicable en el momento de la interpretación (McLachan,

2005; Linderfalk, 2007), en tal sentido el literal (c) proporcionará una interpretación contemporánea del sentido corriente de un término (Williger, 2009). En general, se asume que el significado de términos genéricos incluidos en tratados que van a tener una larga duración varíe y que dichos términos puedan por lo tanto tener un significado evolutivo (CDI, 2018b, Conclusión 8, comentario 6). Algunos autores indican que estándares vagos como el de TJE, necesariamente, son evolutivos (Mbengue, Florou, 2019). Desde luego que, si un término es genérico, depende de la formulación del mismo en el tratado (Castro de Figueiredo, 2015). La CDI ha encontrado que las decisiones judiciales que favorecen un enfoque más contemporáneo se refieren principalmente a términos específicos de los tratados, en tanto que aquellas que apoyan una interpretación evolutiva, se relacionan con términos más generales (CDI, 2018b, Conclusión 8, comentario 6).

Por otro lado, la regla de derecho internacional aplicable entre las partes debe ser “relevante”, una expresión bastante vaga que permite al intérprete un margen discreto (Dörr, 2018). No obstante, es bastante obvio que cuando esas normas se refieren a la misma materia de la disposición del tratado que se interpreta, son relevantes (Dörr, 2018) y así lo ha considerado tradicionalmente la doctrina, para la cual la regla posterior es relevante si se refiere al objeto del tratado de que se trate (Williger, 2009), o, “si (y sólo si) rige el estado de cosas en relación con el cual se examina el tratado interpretado” (Linderfalk, 2007).

Finalmente, ya que la regla pertinente debe ser “aplicable” en las relaciones entre las partes, algunos autores excluyen de plano las reglas no vinculantes (Williger, 2009) reconduciendo estas reglas a cualquiera de las fuentes formales del derecho internacional (Linderfalk, 2007; Dörr, 2018). Lo anterior contrasta con la apertura, vista arriba, de los literales (a) y (b) del artículo 31 (3) de la CVDT a tratados que no estén en vigor, lo que se desprende del tenor literal de aquellos —se refieren a “acuerdos” y no a “reglas”—. No obstante, es de anotarse que la práctica judicial internacional parece aplicar esta condición de manera menos restrictiva al considerar los documentos no vinculantes como material relevante para la interpretación: así lo han hecho cortes regionales de derechos humanos, como la europea y la americana (Dörr, 2018).

En tal sentido, es relevante para los fines de nuestro análisis, el salvamento de voto del árbitro Gavan Griffith QC en el laudo de la Corte Permanente de Arbitraje OSPAR: Irlanda c. Reino Unido (2003). Dando alcance al literal (c) del artículo 31 (3), en referencia a la Convención de Aarhus, el árbitro Griffith reconoce que ninguna de las partes de la disputa la había ratificado y que por tanto no es

derecho internacional vinculante bajo el literal en cuestión, no obstante para el árbitro “ello no significa que la Convención de Aarhus no pueda informar la interpretación” del artículo objeto de la disputa y que “al contrario”, dicha convención “que ambas partes han firmado, sí tiene un valor normativo y probatorio” (párr. 10). Posteriormente afirma:

por lo menos, la Convención de Viena aplica al Reino Unido como estado firmante de la Convención de Aarhus, en el sentido de que debe abstenerse de actos que frustren su objeto y fin. Por lo tanto, en un sentido limitado, puede afirmarse que la Convención de Viena tiene el efecto de que el Reino Unido está vinculado por su objeto y fin pendiente la ratificación (párr. 13).

Concluye, por lo tanto, expresando su salvamento respecto de la posición de la mayoría del tribunal, que “[...] la Convención de Aarhus es cobijada [...] por el Artículo 31(3)(c) de la Convención de Viena como una fuente legal que posee cierto valor normativo y probatorio en la medida en que puede informar y confirmar el contenido de la definición de información [...]” (párr. 19).

4.2.2. *La relación entre el Tratado de 2005 y el Tratado de 2021 a la luz del Artículo 31 (3) (c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*

El artículo 31 (3) (c) ya ha surgido en el arbitraje inversionista estado. Por ejemplo, en el caso de Windstream Energy vs. Canadá de 2016, Canadá argumentó que el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por sus siglas en inglés), que se había concluido en 2015 e incluía a las tres partes del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) (1992), era relevante para la interpretación del capítulo de inversión del TLCAN como “el acuerdo posterior de las partes del TLCAN” (párr. 148 y 147).

Como se vio arriba, el TJE consagrado en el Tratado de 2005 es abierto, lo que le permite al mismo Tribunal del Laudo Telefónica afirmar que no hay una sola definición de TJE. Es, por lo tanto y en este contexto, un término cuya definición es evolutiva. Las partes del Tratado de 2005, al no establecer su propia definición de TJE, vinculan al TJE un significado evolutivo de derechos y obligaciones (McLachlan, 2004).

Ahora bien, el Tratado de 2021 no está en vigor. No obstante, más allá de los efectos del Artículo 18 de la CVDT señalados por el árbitro Griffith y sin duda relevantes en el presente contexto, si los actos unilaterales de los Estados pueden ser tenidos en cuenta para documentar una práctica subsiguiente de los mismos (CDI, 2018b, conclusión 4, comentario 8; conclusión 6, comentario 23) y si la

práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado, que no establece el acuerdo de todas las partes en el tratado, sino sólo de una o más partes, puede utilizarse como medio de interpretación complementario (CDI, 2018b, Conclusión 2, comentario 9), con mayor razón podrá serlo un acuerdo, aunque no en vigor, entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, frente al que han manifestado su intención de ratificación.

En este contexto, es interesante anotar que Colombia ha negociado tratados posteriores que le dan un alcance restrictivo al TJE. Es el caso del tratado firmado (no en vigor) por Colombia con los Emiratos Árabes, que, por ejemplo, excluye las expectativas legítimas del TJE (Colombia y los Emiratos Árabes Unidos, 2017, art. 5) y del tratado vigente entre Colombia y Francia, que incluye las expectativas legítimas en el TJE, pero especifica que el estándar no implica una obligación de estabilización jurídica (Colombia y Francia, 2014, art. 4).

En conclusión, son relevantes las palabras de la CDI: no habría razón para excluir cualquier pertinencia interpretativa de un tratado que no ha entrado en vigor (CDI, 2018b, Conclusión 4, comentario 2). Dicha pertinencia interpretativa claramente la identificó el árbitro Griffith en su salvamento arriba citado y debía ser abordada por el Tribunal.

Es cierto que la interpretación evolutiva no ha sido frecuentemente adoptada por tribunales arbitrales de manera expresa, quizás por temor a generar instancias de anulación del laudo (Mbengue, Florou, 2019), y es cierto también que los tribunales internacionales tienen una limitación en su competencia jurisdiccional, determinada por el consentimiento estatal, lo que en efecto limita su capacidad para integrar elementos externos del sistema jurídico (MacLachlan, 2005). No obstante, incluso esta prudencia no explica las importantes omisiones interpretativas del Tribunal en el caso del Laudo Telefónica.

5. Conclusiones y recomendaciones

La disonancia interpretativa y argumentativa que se refleja en estos dos laudos confirma la necesidad de refinar y especializar el perfil de los árbitros que conforman los tribunales de arbitraje de inversión en el marco de la reforma al sistema de solución de diferencias de inversión. En cuanto al perfil de los árbitros, es importante resaltar que la conformación de las listas de árbitros, bien del CIADI o de otros organismos de arbitraje institucional mantienen un porcentaje mayoritario de profesionales orientados indistintamente al arbitraje comercial internacional y a la asesoría jurídica transnacional.

Las carencias argumentales del Laudo Telefónica parecen poner de manifiesto una orientación favorable al inversor sustentada débilmente en

pocos laudos y en una literatura mínima. De allí que el tribunal da por sentada una serie de afirmaciones e interpretaciones que por fuera de un contexto específico parecieran dar a entender que las compañías no tenían la capacidad suficiente para dar respuesta a las transformaciones normativas y las exigencias jurisprudenciales en el marco jurídico de Colombia. El perfil de los árbitros en este caso en concreto encuadra con los perfiles de los estudios reseñados y genera un incremento en las voces que reclaman la transformación y reforma del sistema internacional de protección a la inversión. En efecto, una mayor capacidad de manejar y argumentar sobre la base de las instituciones de derecho internacional público y un perfil más familiarizado con lo público en general, hubiera redundado, en el caso de Telefónica, más allá de la decisión de fondo, en un laudo sólido, cosa que no puede afirmarse técnicamente del laudo fallado. Así son los mismos árbitros quienes dan pie a deslegitimar el sistema y de paso, en este caso, las sensibilidades necesarias con las realidades enfrentadas por los inversores.

La última palabra no está escrita aún, pues, como se indicó, el Laudo de Telefónica es actualmente objeto de la instancia de anulación. No obstante, no puede dejarse de lado la enseñanza para el Estado, la cual se mantiene vigente al margen de la suerte del Laudo Telefónica. Esta tiene que ver con la prudencia y discreción que debe caracterizar el actuar de los funcionarios públicos cuando se generan discrepancias jurídicas frente a los efectos de actos estatales. En la era de los tratados de protección a la inversión extranjera, y ante el evidente margen discrecional del que gozan los intérpretes arbitrales de los mismos, siempre será mejor que los pronunciamientos públicos del ejecutivo se caractericen por la mesura y estén precedidos de la asesoría adecuada para evitar generar situaciones que puedan comprometer internacionalmente al Estado.

En conclusión, se evidencia lo que se ha advertido ampliamente en la crítica al sistema, y es que los tribunales de arbitraje de inversiones y en especial los árbitros gestionan amplia y discrecionalmente la interpretación de los estándares internacionales de protección de la inversión, incluso de manera antitécnica desde el derecho internacional. Si el laudo proferido en el caso América Móvil da cuenta de una madurez y técnica de argumentación sofisticada en derecho internacional público, el laudo proferido en el caso Telefónica apunta a todo lo contrario. Así, la manera descentralizada como opera el arbitraje pareciera liberar —en algunos casos— de la carga argumental propia de la decisión judicial a ciertos tribunales, que proceden a construir laudos sin una argumentación profunda y suficiente. Por lo anterior, se coincide sobre la necesidad de pensar una reforma posible del arbitraje de inversiones, evidenciando cómo este

asunto que ha dominado los debates todavía no repercute en una expectativa uniforme acerca de la calidad jurídica de los pronunciamientos arbitrales.

Lista de referencias

Adel A Hamadi Al Tamimi c. el Sultanato de Omán. (2015). *Laudo arbitral* (Caso CIADI No. ARB/11/33). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-adel-a-hamadi-al-tamimi-v-sultanate-of-oman-award-tuesday-3rd-november-2015>

Alschner, W. (2022). *Investment arbitration and state-driven reform: New treaties, old outcomes*. Oxford University Press.

Bjorge, E. (2014). *The evolutionary interpretation of treaties*. Oxford University Press.

Bonnitcha, J., Poulsen, L. N. S., & Waibel, M. (2017). *The political economy of the investment treaty regime*. Oxford University Press.

Cámara de Comercio de Bogotá. (2017). La Nación – Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones c. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. *Laudo arbitral* (Radicado 4519). <http://hdl.handle.net/11520/21356>

Canadá, Estados Unidos de América & México. (1992, 17 de diciembre). *Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*.

Castro de Figueiredo, R. (2015). *Evolving Meaning: The Interpretation of Investment Treaties and Temporal Variations*. Kluwer Arbitration Blog.

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2024). Telefónica S.A. c. República de Colombia. *Laudo arbitral* (Caso CIADI No. ARB/18/3).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2022). Scholz Holding GmbH v. El Reino de Marruecos. *Laudo arbitral*. (CIADI Caso No. ARB/19/2).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2021). América Móvil S.A.B DE C.V. c. República de Colombia. *Laudo arbitral* (caso CIADI No. ARB(AF)/16/5).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2019). Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia. *Laudo arbitral* (Caso CIADI No. ARB/16/6). https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C8394/Claimants%27%20documents/CL%20-%20Exhibits/CL-0032.pdf

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017). Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. Reino de España. *Laudo arbitral* (Caso CIADI No. ARB/13/36). Relativas a Inversiones. <https://www.italaw.com/cases/5721>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2016). Blusun SA, Jean-Pierre Lecorcier y Michael Stein c. la República Italiana. *Laudo arbitral* (Caso CIADI N.º ARB/14/3). <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-blusun-s-a-jean-pierre-lecorcier-and-michael-stein-v-italian-republic-award-tuesday-27th-december-2016>

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2013). Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. y S.C. Multipack S.R.L. c. Rumania. *Laudo arbitral*. (Caso CIADI No. ARB/05/20),

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2012). Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration And Production Company c. la República del Ecuador. *Laudo arbitral* (Caso CIADI No. ARB/06/11). <https://www.italaw.com/cases/767>

Clavijo, R. (2025). *Regulation, Competition, and Market Power in Telecommunications across Latin America* (Technical Note No. IDB-TN-3066). Inter-American Development Bank. <https://publications.iadb.org/publications/english/document/Regulation-Competition-and-Market-Power-in-Telecommunications-across-Latin-America.pdf>

Comisión de Derecho Internacional de las Unidas. (2018a). Draft conclusions on the identification of customary international law, with commentaries. Session (A/73/10). CDI.

Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. (2018b). *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*. CDI.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2017, 19 de diciembre). *Informe del Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados) sobre la labor realizada en su 34º período de sesiones. Primera Parte* (A/CN.9/930/Rev.1). <https://docs.un.org/en/A/CN.9/930/Rev.1>

Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos – México. (1926). Neer y Neer c. Estados Unidos Mexicanos. *Laudo arbitral*.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2015a). *Guía de los acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible*. UNCTAD. <https://investmentpolicy>.

unctad.org/uploaded-files/document/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). (2015b). *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: Reforma de la Gobernanza Internacional de las Inversiones*. UNCTAD. https://unctad.org/system/files/official-document/wir2015_en.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2009, 30 de julio). Ley 134. *Por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones*. DO: 47.426.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 6 de enero). Ley 37. *Por la cual se regula la prestación del servicio de telefonía móvil celular, la celebración de contratos de sociedad y de asociación en el ámbito de las telecomunicaciones y se dictan otras disposiciones*. DO: 40.710.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 16 de enero). Ley 422. *Por la cual se modifica parcialmente la Ley 37 de 1993, y se dictan otras disposiciones*. DO: 43.216.

Congreso de la República de Colombia. (1993, 28 de octubre). Ley 80. *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. DO: 41.094.

Constitución Política de Colombia. (1991, 7 de julio). *Gaceta Constitucional*.

Corte Constitucional de Colombia. (2013, 21 de agosto). *Sentencia C-555 de 2013* (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

Corte Internacional de Justicia. (2018, 1 de octubre). Bolivia c. Chile, Obligation to negotiate access to the Pacific Ocean Recueil des Arrêts. Avis Consultatifs et Ordonnances. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>

Corte Internacional de Justicia. (1989, 20 de julio). Elettronica Sicula SpA (ELSI) - Estados Unidos de América c. Italia. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-elettronica-sicula-s-p-a-elsi-united-states-of-america-v-italy-judgment-thursday-20th-july-1989>

Corte Permanente de Arbitraje. (2003). Arbitraje OSPAR Irlanda c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del norte. *Laudo arbitral* (Caso PCA No. 2001-03). <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-ireland-v-united-kingdom-ospar-arbitration-final-award-wednesday-2nd-july-2003>

Departamento de Derecho Económico. (2025, 2 de enero). Telefónica c. Colombia: ¿se extralimitó el tribunal? Un vistazo a la posible anulación bajo la causal del artículo 52.1(b) del Convenio CIADI. *Derecho Económico - Universidad Externado de Colombia*. <https://derechoeconomico.uexternado.edu.co/internacional/telefonica-c-colombia-se-extralimito-el-tribunal-un-vistazo-a-la-posible-anulacion-bajo-la-causal-del-articulo-52-1-b-del-convenio-ciadi/>

Dolzer, R., Kriebaum, U., & Schreuer, C. (2022). *Principles of international investment law* (3.^a ed.). Oxford University Press.

Dörr, O. (2018). General rule of interpretation. En O. Dörr y K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the law of treaties: A commentary* (pp. 559-616). Springer.

Estados Parte del Acuerdo Transpacífico. (2018, 8 de marzo). *Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica*.

Estados Unidos Mexicanos & República de Colombia. (1994, 13 de junio). Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia. <https://www.tlc.gov.co/acuerdos/vigente/tratado-de-libre-comercio-entre-colombia-mexico>

Estrin, S., & Pelletier, A. (2018). Privatization in developing countries: What are the lessons of recent experience? *World Bank Research Observer*, 33(1), 65-102. <https://doi.org/10.1093/wbro/lkx007>

Fahner, J. H. (2022). The limited utility of deference in international dispute settlement. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 21(3), 467-479. <https://doi.org/10.1163/15718034-bja10063>

Franck, S. D. (2019). *Arbitration costs: Myths and realities in investment treaty arbitration*. Oxford University Press.

Gobierno de la República de Colombia & Gobierno de la República Francesa. (2014, 10 de julio). *Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Francesa sobre el fomento y protección recíproca de inversiones*.

Gobierno de la República de Colombia & Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos. (2017, 12 de noviembre). *Acuerdo Bilateral sobre la Promoción y Protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos*.

Grisel, F. (2020). Marginals and elites in international arbitration. En T. Schultz y F. Ortino (eds.), *The Oxford handbook of international arbitration* (pp. 235-251). Oxford University Press.

Henckels, C. (2015). *Proportionality and deference in investor-state arbitration: Balancing investment protection and regulatory autonomy*. Cambridge University Press.

Hepburn, J. (2025). The legal justification for the doctrine of legitimate expectations in international investment law. *European Journal of International Law*, 36(1), 43-75. <https://doi.org/10.1093/ejil/chaf003>

Jarrett, M. (2023). The international validity of domestic law in investment-treaty arbitration. *Arbitration International*, 39(1), 1-17. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiad019>

Kläger, R. (2011). *Fair and equitable treatment in international investment law*. Cambridge University Press.

Langford, M., Behn, D. y Lie, R. H. (2017). The revolving door in international investment arbitration. *Journal of International Economic Law*, 20(2), 301-331. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>

Linderfalk, U. (2007). *On the interpretation of treaties: The modern international law as expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Springer.

Lora, E. (2001). Las reformas estructurales en América Latina: Qué se ha reformado y cómo medirlo (Documento de trabajo #462). Banco Interamericano de Desarrollo.

Mbengue, M. M., y Florou, A. (2019). Evolutionary interpretation in investment arbitration: About a judicial taboo. En G. Abi-Saab, K. Keith, G. Marceau y C. Marquet (eds.), *Evolutionary interpretation and international law* (pp. 253-266). Hart Publishing.

McLachlan, C. (2005). The principle of systemic integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 54(2), 279-320. <https://doi.org/10.1093/iclq/lei001>

Melo, J. O. (2020). *Colombia: Una historia mínima*. Editorial Planeta.

Merhof, K. (2015). Building a bridge between reality and the constitution: The establishment and development of the Colombian Constitutional Court. *International Journal of Constitutional Law*, 13(3), 714-732. <https://doi.org/10.1093/icon/mov043>

Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. (2014, 27 de marzo). *Resolución 598 de 2014, por medio de la cual se renueva un permiso para el uso del espectro radioeléctrico a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. en las bandas*

de 824.040 MHz a 825.000 MHz, 825.030 MHz a 834.990 MHz, 845.010 MHz a 846.480 MHz, 869.040 MHz a 870.000 MHz, 870.030 MHz a 879.990 MHz, 890.010 MHz a 891.480 MHz, 1877,5 MHz a 1885 MHz y de 1957,5 MHz a 1965 MHz.

Montt, S. (2009). *State liability in investment treaty arbitration: Global constitutional and administrative law in the BIT generation*. Hart Publishing.

Nadakavukaren, K. (2022). Justice and the reform of international investment law. *Law and Development Review*, 15(2), 283-328. <https://doi.org/10.1515/ldr-2022-0020>

Ocampo, J. A. (2013). Seis décadas de debates económicos latinoamericanos. En J. A. Ocampo, J. C. Arteaga y A. M. Mora (eds.), *Reflexiones sobre las ciencias económicas*. Universidad Nacional de Colombia.

Olivet, C., & Eberhardt, P. (2012, 27 de noviembre). *Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom*. Transnational Institute & Corporate Europe Observatory. <https://www.tni.org/en/publication/profitting-from-injustice>

Pastor Palomar, A. (2006). Protección de inversiones con conceptos indeterminados: El trato justo y equitativo en los APPRI celebrados por España. *Revista Española de Derecho Internacional*, 58(1), 271-288.

Paparinskis, M. (2013). *The international minimum standard and fair and equitable treatment*. Oxford University Press.

Presidente de la República de Colombia. (1991, 4 de setiembre). Decreto 2067 de 1991 [con fuerza de ley]. *Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional*. DO: 40.012.

Puig, S., & Shaffer, G. (2018). Imperfect alternatives: Institutional choice and the reform of investment law. *American Journal of International Law*, 112(3), 361-409. <https://doi.org/10.1017/ajil.2018.70>

Puig, S. (2014). Social capital in the arbitration market. *European Journal of International Law*, 25(2), 387-424. <https://doi.org/10.1093/ejil/chu020>

República de Colombia & Confederación Suiza, (2006, 17 de mayo). *Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la promoción y protección recíproca de inversiones*. <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/suiza/texto-final-de-acuerdo/texto-final-suiza.pdf.aspx>

República de Colombia & Emiratos Árabes Unidos. (2017). *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y los Emiratos Árabes Unidos*.

República de Colombia & Reino de España. (2021a). *Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones*.

República de Colombia & Reino de España. (2021b). *Declaración interpretativa conjunta entre la República de Colombia y el Reino de España sobre el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre la República de Colombia y el Reino de España (APPRI Colombia-España)*.

República de Colombia & Reino de España. (2005, 31 de marzo). *Acuerdo entre la República de Colombia y el Reino de España para la promoción y protección recíproca de inversiones*.

Rosentreter, D. (2015). *Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the principle of systemic integration in international investment law and arbitration*. Nomos.

Sarmiento, F. & Nikiéma, S. (2022). *Fair and Equitable Treatment: Why it matters and what can be done*. IISD Best Practices Series Policy Brief.

Sornarajah, M. (2010). *The international law on foreign investment* (3.^a ed.). Cambridge University Press.

Transnational Institute. (2024). *ISDS in numbers: Impacts of investment arbitration lawsuits against states in Latin America and the Caribbean*. ISDS América Latina. <https://isds-americalatina.org/in-numbers/>

Tribunal Arbitral bajo el Capítulo 11 del TLCAN. (2000). *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá, Laudo parcial del 13 de noviembre de 2000*. UNCITRAL. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0747.pdf>

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (2012). *International Investment Policies and Sustainable Development: A UNCTAD Perspective*. Naciones Unidas. https://unctad.org/system/files/official-document/unctaddiaeia2011d5_en.pdf

Urueña, R. (2016). Subsidiarity and the public-private distinction in investment treaty arbitration. *Law and Contemporary Problems*, 79(2), 99-121.

Van Harten, G. (2013). *Sovereign choices and sovereign constraints: Judicial restraint in investment treaty arbitration*. Oxford University Press.

Van Harten, G. (2020). *The trouble with foreign investor protection*. Oxford University Press.

Van Harten, G., & Vastardis, A. Y. (2023). Critiques of investment arbitration reform: An introduction. *Journal of World Investment & Trade*, 24(3), 363-371. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340260>

Waibel, M., Kaushal, A., Chung, K.-H., & Balchin, C. (2010). Introduction. En M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung y C. Balchin (eds.), *The backlash against investment arbitration: Perceptions and reality*. Kluwer Law International.

Windstream Energy LLC c. Canadá. (2016). *Laudo arbitral (Caso PCA No. 2013-22)*. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Investment Dispute Settlement Navigator. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/513/windstream-energy-v-canada>

Williger, M. E. (2009). *Commentary on the 1959 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers.

Xavier Junior, E.C., & Morosini, F.C. (2021). El estándar de trato justo y equitativo. En J. M. Álvarez Zárate y M. Zenkiewicz (eds.), *El derecho internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios* (pp. 417-454). Universidad Externado de Colombia.