

FACULTADES REGULATORIAS ESTATALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES. EL CASO UBER - COLOMBIA

STATE REGULATORY POWERS FROM THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW. THE UBER - COLOMBIA CASE

ANYELA MADELEIN ARGOTY PANTOJA¹

CARLOS H. REYES DÍAZ²

RESUMEN: La empresa estadounidense Uber ha tenido problemas para operar regularmente en algunos países. Colombia fue el primer país del que en algún momento esta empresa decidió retirarse como consecuencia de decisiones del gobierno. Esto pudo haber ocasionado controversias internacionales de inversión si no fuera por el arreglo acordado entre el inversionista y el gobierno. En este documento se analizan las razones de ambas partes que motivaron y resolvieron el problema, así como las posibles repercusiones de una eventual controversia arbitral internacional.

PALABRAS CLAVE: *Uber, inversión, transporte, controversia, soberanía, arbitraje.*

ABSTRACT: The US Company Uber has faced problems to operate normally in several countries. Colombia was the first country from which Uber decided to depart, due to several governmental decisions. This could have provoked an international investment dispute, except from the fact that both parties decided to settle the controversy. This paper focuses on both parties' arguments that motivated and solved the conflict, as well as the repercussions of a possible international arbitration dispute.

¹ Licenciada en Derecho. Estudios de Especialización en Derecho. Fes Acatlán, UNAM. <anyelamadelein@hotmail.com> ORCID: 0000-0003-4848-6970.

² Profesor de Tiempo Completo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. <creyesd@unam.mx> ORCID: 0000-0001-5809-1046.

Fecha de recepción: 22 de agosto de 2022. Fecha de aprobación: 27 de octubre de 2022.

KEYWORDS: *Uber, investment, transportation, dispute, sovereignty, arbitration.*

SUMARIO: I. Antecedentes; II. Línea de tiempo; III. Demanda COTECH S.A.S. contra UBER y Decisión; IV. Fundamentos de la Decisión de la SIC; V. Recurso de Apelación; VI. Fundamentos adicionales del Tribunal Superior de Bogotá; VII. ¿Qué ocurrió con UBER después de su salida del país?; VIII. Alternativa no litigiosa; IX. Derechos de inversión; X. Soberanía e inversión; XI. Expectativas de inversión; XII. Límites al Concepto de Soberanía; XIII. Objetivos legítimos; XIV. Conclusión.

I. ANTECEDENTES

La compañía estadounidense Uber llegó a Colombia en el año 2013. Para el año 2019, ya había reunido más de 88.000 conductores y más de 2.2 millones de usuarios.³ Uber significó para Colombia un gigantesco desarrollo económico en el sector del transporte.⁴ Sin embargo, desde su llegada Uber batalló con muchas circunstancias, la persecución por parte de los taxistas, de la policía y las autoridades de Colombia; en reiteradas ocasiones el Ministerio de transporte aseguró que Uber era una plataforma ilegal, lo que significaba una gran barrera, no solo para los conductores de la plataforma, sino para sus clientes.⁵

³ Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>

⁴ Uber Newsroom, “Uber inicia el año reunido con socios y conductores”, Colombia, 7 de febrero de 2019, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-se-reune-con-socios-conductores/>

⁵ Uber Blog, “La violencia es inaceptable”, Colombia, 17 de enero de 2017, <https://www.uber.com/es-CO/blog/la-violencia-es-inaceptable/>

El 20 de diciembre de 2019, como resultado de un proceso por competencia desleal adelantado por Cotech S.A.S. en contra de Uber, la Superintendencia de Industria y Comercio⁶ de Colombia ordenó a Uber, suspender la prestación de sus servicios en Colombia, fundamentando su decisión en que esta empresa incurrió en competencia desleal por violación de normas, desvío de clientes y conducta anticompetitiva.⁷

El objetivo de este trabajo consiste en poner en contexto y determinar los límites a las facultades gubernamentales para interponerse en inversiones extranjeras válidamente establecidas en un país, bajo el argumento del cumplimiento de objetivos legítimos de la sociedad. Aunque este caso no llegó aún a arbitraje, sirve de ejemplo para identificar que, cada vez con más frecuencia, las autoridades de un país toman decisiones que ponen en riesgo intereses extranjeros como respuesta de presiones sociales, gremiales y bajo el escudo de la protección de intereses generales que colocan al Estado en posición de posibles demandas en arbitrajes de inversión.

⁶ Es la autoridad nacional de protección de la competencia, los datos personales y la metrología legal, protege los derechos de los consumidores y administra el Sistema Nacional de Propiedad Industrial, a través del ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales. Ver: <https://www.sic.gov.co/nuestra-entidad>

⁷ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestación-del-servicio-de-transporte-uber>

II. LÍNEA DE TIEMPO

15/05/2012: Entrada en vigor del TLC Colombia – EE. UU.⁸

01/10/2013: UBER llega a Colombia por primera vez.⁹

21/04/2016: COTECH demanda a UBER ante la SIC.¹⁰

20/12/2019: SIC falla en contra de UBER y ordena su salida del país.¹¹

09/01/2020: UBER manifiesta que Colombia está violando el TLC con EE. UU.¹²

31/01/2020: UBER se va de Colombia.¹³

20/02/2020: UBER vuelve a Colombia con un nuevo modelo de negocio.¹⁴

18/06/2020: Tribunal superior de Bogotá revoca decisión de la SIC.¹⁵

⁸ Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América: <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/estados-unidos/texto-final-del-acuerdo/texto-final-estados-unidos.pdf.aspx>

⁹ Uber Newsroom, “Uber inicia el año reunido con socios y conductores”, Colombia, 7 de febrero de 2019, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-se-reune-con-socios-conductores/>

¹⁰ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestacion-del-servicio-de-transporte-uber>

¹¹ *ibidem*

¹² El país, “Uber dice que demandará a Colombia por violar TLC con estados Unidos”, 9 de enero de 2020, <https://www.elpais.cr/2020/01/09/uber-dice-que-demandara-a-colombia-por-violar-tlc-con-estados-unidos/>

¹³ Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>

¹⁴ Uber Blog, “Uber se reinventa por Colombia”, El Salvador, 18 de febrero de 2020, <https://www.uber.com/es-SV/blog/uber-se-reinventa-por-colombia/>

¹⁵ Tribunal superior del Distrito judicial – Sala séptima civil de decisión, “Sentencia anticipada, proceso verbal por competencia desleal No. 110013199001201602106 03,” 18 de junio de 2020, <https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/19090449/z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf>

19/06/2020: UBER anuncia revisión del fallo para definir sus próximos pasos.¹⁶

III. DEMANDA COTECH S.A.S. CONTRA UBER Y DECISIÓN

El 21 de abril del año 2016 Cotech S.A.S. – Taxis libres (empresa colombiana), demandó a Uber BV, Uber Technologies INC y Uber Colombia S.A.S. por competencia desleal, ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, entidad que el 20 de diciembre de 2020 declaró que las demandadas incurrieron en actos de competencia desleal, desviación de clientela y violación de normas sobre competencia desleal, y ordenó que cesaran de manera inmediata la prestación de sus servicios; además de ordenar a las empresas prestadoras del servicio de telecomunicaciones (Claro, Movistar y eTb), suspender sus datos, acceso a redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación en relación con la aplicación Uber.¹⁷

Es importante destacar que el fallo de la SIC no incluía plataformas de transporte similares como *Didi*, *Cabify* y *Beat*, que operan en el mismo sector que Uber. En los argumentos de la sentencia, el juez de la SIC precisa que las órdenes derivadas de la audiencia y posterior sentencia se proferirían en relación con la nominación denominada Uber y no para cualquier otra aplicación que pueda ser utilizada con los mismos fines.

¿Por qué una medida gubernamental se dirige exclusivamente a una plataforma y no a todas las que caen en el mismo supuesto de posible afectación a las empresas de transporte de taxis nacionales?

¹⁶ Uber. “Decisión del Tribunal de Bogotá reversa fallo de la SIC”, 19 de junio de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/decision-del-tribunal-superior-de-bogota-reversa-fallo-de-la-sic/>

¹⁷ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestacion-del-servicio-de-transporte-uber>

A la luz de disposiciones contenidas en acuerdos de inversión esta es una clara medida discriminatoria, amparada en derechos como los de trato nacional y trato de nación más favorecida, como se analizará más adelante.

Durante el proceso, Uber propuso la excepción de prescripción. En materia de competencia desleal, la prescripción aparece en el artículo 23 de la Ley 256, este artículo señala que las acciones de competencia desleal prescriben en dos años a partir del momento del que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal, y en todo caso por el transcurso de 3 años contados a partir del momento de la realización del acto.¹⁸

Sin embargo la SIC estableció que, tratándose de actos continuados, el término prescriptivo no debe correr mientras las conductas se sigan cometiendo, es decir, mientras subsista la comisión de la conducta el acto se realiza nuevamente día tras día, de ahí que, frente a los comportamientos continuados el término de prescripción no empieza a computarse hasta en tanto los comportamientos no hayan cesado, por lo tanto la SIC decidió en audiencia que la excepción de prescripción extintiva¹⁹ no estaba probada, y que, por tanto, los actos de competencia desleal no estaban afectados por el término de prescripción.

En este sentido, la SIC ordenó el cese de la prestación de servicios de Uber y declaró que Uber incurrió en actos de competencia desleal, desviación de clientela y violación de normas. En cumplimiento al fallo de la SIC, en febrero de 2020 Uber dejó de operar definitivamente en todo el territorio nacional. En un comunicado a través de su página de internet, Uber comunicó:

“La compañía considera que la decisión es arbitraria pues va en contra del ordenamiento jurídico colombiano, violando el debido proceso y derechos constitucionales. Por esta razón, apeló inmedia-

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ La prescripción extintiva es el modo por el cual, luego de transcurrido un periodo de tiempo sin que el titular del derecho o de la acción la ejerza, se extinguen las acciones o derechos ajenos que se encontraban en cabeza de dicho sujeto.

tamente este fallo y está utilizando todos los recursos legales para defender el derecho de 2 millones de usuarios de elegir cómo se mueven por las ciudades y la oportunidad de 88.000 socios conductores registrados en la aplicación de generar ganancias adicionales para el sustento de sus familias. Uber respeta la ley y las decisiones emitidas por las autoridades. Sin embargo, decisiones como está, responden también a la ausencia de una reglamentación del servicio de movilidad colaborativa a través de plataformas tecnológicas en Colombia. Uber fue la primera compañía en ofrecer al país una alternativa de movilidad innovadora y confiable. Hoy, seis años después, Colombia es el primer país del continente en cerrarle las puertas a la tecnología.²⁰

IV. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DE LA SIC

La autoridad colombiana justificó su decisión con las siguientes premisas:²¹

Debido a que la conducta desleal no ha cesado, la excepción de prescripción no prospera.

Uber no está legalmente constituida, ni habilitada por la autoridad competente como una empresa de transporte público en Colombia, lo cual le permitió obtener una ventaja significativa frente a Cotech.

Uber está infringiendo las normas de transporte público, al prestar sus servicios sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley.

Uber, al no someterse a las tarifas reguladas, afecta a los taxistas que no pueden usar el precio del servicio como un elemento para competir.

²⁰ Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>

²¹ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestación-del-servicio-de-transporte-uber>

Uber obtuvo una ventaja competitiva por la violación de normas, pues no ha agotado trámites administrativos, no se somete a exigencias, trabajo geográfico, restricciones de ingreso, tarifas, etc.

Ante un mercado altamente regulado, quien no cumple con la regulación infringe la ley porque se coloca en condiciones más favorables que no pueden ser igualadas.

Los jueces están sometidos al imperio de la ley, por lo que, al encontrar elementos que dan cuenta de la ventaja competitiva de Uber sobre los taxis, no se pueden dejar pasar por alto.

V. RECURSO DE APELACIÓN

El 18 de junio de 2020 el Tribunal superior de Bogotá revocó la sentencia proferida por la SIC el 20 de diciembre de 2019, y declaró probada la excepción de prescripción extintiva propuesta por Uber, en consecuencia, dio por terminado el proceso. El Tribunal Superior de Bogotá estableció que sí hubo prescripción porque estaba vencido el plazo de dos años para que se avanzara en los procesos por competencia desleal, pues esta última habría iniciado en el 2012 y la demanda fue radicada el 21 de abril de 2016. En opinión del Tribunal:

Establece el artículo 23 de la Ley 256 de 1996, que “las acciones de competencia desleal prescriben en dos (2) años a partir del momento en que el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal (prescripción ordinaria) y en todo caso, por el transcurso de tres (3) años contados a partir del momento de la realización del acto (prescripción extraordinaria)”. (Se resalta). En punto a la prescripción extintiva, se ha dicho que tiene su razón de ser, no solamente ante la inercia o desidia del titular del derecho, sino también, en “el orden público [del que incluso hizo gala el a quo para hacer una distinción no prevista por el legislador] y la paz social”³¹ y en el “interés de la consolidación de las situaciones adquiridas”³². En últimas, “desde cuando se llegó a

la convicción de que la pretensión no podía permanecer indefinidamente sin ejercicio, porque de por medio estaba, no sólo el interés de la persona legitimada para recibirla de resolver la incógnita al final de un proceso, que no estaba a su alcance proponer, sino también en un interés general o público de liquidar la pendencia, la idea de la perpetuidad de la pretensión y del derecho subyacente vino a menos, en obsequio del apremio de certeza y seguridad. De manera que, como consecuencia del transcurso de un determinado periodo y la ausencia de reconocimiento del respectivo derecho por parte del beneficiario de tal fenómeno, opera sin más la prescripción, cuyos efectos conllevan la “extinción del derecho mismo y no tan solo de la acción o pretensión correspondiente”²²

VI. FUNDAMENTOS ADICIONALES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

En argumentos adicionales de este órgano jurisdiccional, se resaltó que:

La SIC omitió aplicar las normas de interpretación de las leyes de prescripción, pese a ser su obligación aplicarlas;

La SIC desbordó el ámbito de sus facultades como autoridad administrativa con funciones jurisdiccionales;

La SIC ignoró que Uber es un intermediario entre dos personas en una situación de oferta y demanda, por lo que la normatividad del sector transporte no le resulta aplicable;

La medida de restricción a la libertad de expresión no es admisible. Las órdenes de la SIC carecen de proporcionalidad, objetividad e imparcialidad;

Las acciones derivadas de competencia desleal requieren perjuicios, o cuando menos, amenaza en los intereses económicos del demandante, lo cual no se probó;

²² Tribunal superior del Distrito judicial – Sala séptima civil de decisión, “Sentencia anticipada, proceso verbal por competencia desleal No. 110013199001201602106 03,” 18 de junio de 2020, <https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/19090449/z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf>

La sentencia de la SIC incurrió en un grave defecto fáctico y de valoración probatoria;

La desviación de clientela carece de sustento, no se probó, y se demostró amplia y correctamente que Uber no actuó de mala fe; no hay nexo causal entre la actividad de Uber y la desviación de clientela;

La orden emitida contra los prestadores de servicios de telefonía celular emite una orden a entidades que no fueron parte del proceso;

No se acreditó la ventaja competitiva, pues Uber y Cotech estaban en condiciones de igualdad; ni Uber ni Cotech son empresas de transporte público individual de pasajeros en vehículos taxi autorizados;

Las plataformas disruptivas no pueden ser consideradas contrarias a la libre competencia; sino pro competitivas a diferencia de la conclusión de la SIC;

Debe protegerse la neutralidad tecnológica.

En concordancia con lo resuelto por el Tribunal, la decisión de la SIC involucró la ausencia de un debido proceso, pues el fallo que expulsó a Uber de Colombia, no se sujetó a las normas jurídicas sobre la prescripción extintiva de la oportunidad de demandar, la neutralidad tecnológica, ni a otras normas de carácter fundamental. Esto denota la modificación de las reglas impuestas a Uber en un principio, desvirtuando a cabalidad las expectativas básicas debido a las cuales Uber decidió realizar su inversión, pues desde su llegada a Colombia en el año 2013, hasta el año 2019, su tipo de negocio no se había visto cuestionado o sancionado por ninguna autoridad judicial o administrativa.²³

²³ Diversas decisiones arbitrales ISDS han apoyado las expectativas del inversionista. Véase, por ejemplo, MTD (n289) (144); CMS (n202) (279); *Azurix* (n188) (371); *Parkerings* (n219) (333); *Siemens* (n213)(298-299). Aunque en tiempos recientes, tanto tribunales como tratados se han apartado de este criterio bajo el argumento de garantizar que las autoridades estatales puedan adoptar medidas necesarias para proteger objetivos legítimos. El T-MEC, por ejemplo (Art. 14.6.4) dispone que cualquier acción u omisión que pudiera desvirtuar dichas expectativas, no constituye violación del nivel mínimo de trato; también el Anexo 14-B n. a p. 19 del mismo Tratado, exige que el gobierno haya otorgado garantías escritas y vinculantes al inversionista para poder

En este sentido, el Estado Colombiano revirtió de manera arbitraria situaciones preexistentes, en las cuales Uber se había basado para instaurar su modelo de negocio y poner en marcha su operación económica y comercial en Colombia, tales como el acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos, que entró en vigor el 15 de mayo de 2012, y a partir del cual, en el año 2013 Uber decidió poner en marcha su negocio.

En situaciones similares como las demandas arbitrales de inversión contra Argentina, de principios de este siglo, se argumentó que los arbitrajes deberían de tomar en consideración situaciones excepcionales de emergencia (en ese caso, por la crisis económica y financiera) por las cuales se adoptaron medidas radicales encaminadas a la protección del interés público.²⁴ En este caso de Uber, las decisiones difícilmente se podrían considerar como medidas de emergencia, ya que no fue explicado con suficiencia las razones justificables de interés público que las motivaron.

VII. ¿QUÉ OCURRIÓ CON **UBER** DESPUÉS DE SU SALIDA DEL PAÍS?

Después de conocerse la decisión de la SIC en contra de Uber, el 9 de enero de 2020, la emisora colombiana W Radio y otros medios del país, difundieron la noticia según la cual Uber había enviado una carta al presidente de Colombia de ese entonces, Iván Duque, en la que manifestaba su decisión de demandar al país por violar el Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos, después de que en diciembre del año 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) suspendiera los servicios de Uber por competencia desleal.

considerarse la medida como expropiatoria. Más sobre este tema, ver: *Paparinskis, Martin. The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, pp. 252 y ss.

²⁴ Sobre este tema, ver: Binder, Christina. Necessity Exceptions, the Argentine Crisis and Legitimacy Concerns. En: Treves, Tulio (Ed.), et. al. *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*. Routledge, 2014, p. 202.

Según la W radio, el abogado López Forastier estableció: “Escribo en nombre de Uber para informarle que ha surgido una disputa de inversión en virtud del capítulo diez del Acuerdo de Promoción Comercial de Estados Unidos y Colombia (el tratado) como resultado de las medidas adoptadas por la República de Colombia.”²⁵

«Uber es una empresa organizada bajo las leyes del Estado de Delaware, Estados Unidos, que ha realizado varias inversiones en Colombia» y precisa que Uber Colombia, al estar organizada bajo las leyes de Colombia, es una subsidiaria de Uber. «En consecuencia, Uber es un inversor protegido de los Estados Unidos y Uber Colombia es una empresa protegida en virtud del Tratado», precisa la misiva. El texto señala que una serie de medidas recientes impuestas por Colombia, como la medida de la SIC, «han tenido un grave impacto adverso en las inversiones de Uber» en el país, y cuestiona que la medida del organismo requiera que las compañías de telecomunicaciones suspendan las transmisiones, el almacenamiento y el acceso a la plataforma de Uber. Asimismo, considera que la orden de la SIC fue «emitida bajo circunstancias cuestionables», ya que la misma fue publicada el 20 de diciembre, es decir, el último día del calendario judicial en Colombia. Para Uber tal acción tiene «la aparente intención de impedir su revisión inmediata en apelación», y cuestionó que, «en contraste, otras compañías de Colombia y terceros países que ofrecen formas similares... no han sido sometidas al mismo tratamiento y continúan operando... sin interferencia similar de la República.»²⁶

²⁵ El país, “Uber dice que demandará a Colombia por violar TLC con estados Unidos”, 9 de enero de 2020, <https://www.elpais.cr/2020/01/09/uber-dice-que-demandara-a-colombia-por-violar-tlc-con-estados-unidos/>

²⁶ Ibidem.

VIII. ALTERNATIVA NO LITIGIOSA

Veinte 20 días después de su salida del país, el 20 de febrero de 2020 Uber a través de su cuenta de Twitter: @UberColombia publicó “Uber se reinventa por Colombia, un nuevo camino juntos”, anunciando su regreso a Colombia bajo la modalidad de arrendamiento de automóviles con conductor, como una forma de adaptarse temporalmente para poder conectar a millones de personas y reducir los daños ocasionados por las medidas adoptadas por la SIC estableció Uber en su sitio web.²⁷

Uber envió un mensaje a conductores y usuarios estableciendo que este nuevo modelo sería temporal, y que permitiría a sus usuarios llegar a su destino alquilando un carro con un conductor, aceptando un contrato a través de la aplicación. Después de la publicación y envío de este mensaje a los conductores y usuarios de Uber, la aplicación quedó habilitada nuevamente, con la diferencia de que al momento de solicitar un viaje, los usuarios debían aceptar un contrato de arrendamiento de vehículo con su conductor.

La aplicación además explicó a sus conductores que, si aceptan usar Uber, “reconocen y aceptan que Uber es un proveedor de servicios de tecnología que no ofrece servicios de transporte, no funciona como transportista, ni opera como agente para el transporte de viajeros”²⁸, a diferencia de cómo se realiza en otros países.

Pese a la decisión de la SIC, Uber se dio a la tarea de buscar una alternativa para quedarse en Colombia, llevando a cabo un nuevo tipo de negocio: el arrendamiento de vehículos con conductor, pues de no reinventar su aplicación, miles de usuarios y conductores se verían

²⁷ Uber Blog, “Uber se reinventa por Colombia”, El Salvador, 18 de febrero de 2020, <https://www.uber.com/es-SV/blog/uber-se-reinventa-por-colombia/>

²⁸ Anadolu agency, “Uber Vuelve a Colombia como una plataforma de arriendo de carros con conductor”, 2° de febrero fe 2020, <https://www.aa.com.tr/es/mundo/uber-vuelve-a-colombia-como-una-plataforma-de-arriendo-de-carros-con-conductor/1739865>

perjudicados. La decisión de Uber da cuenta del cambio de modelo de negocio por completo, esto, a fin de adaptarse tanto a la sentencia de la SIC como a las normas y presiones sociales colombianas.

No obstante, el 18 de junio de 2020, el Tribunal Superior de Bogotá encargado de resolver la apelación propuesta por Uber después de la sentencia proferida por la SIC, revocó el fallo de esta última, a lo que Uber publicó:

Celebramos la decisión que el Tribunal Superior de Bogotá tomó el día de hoy, que reversa un fallo injusto proferido por la SIC el pasado 20 de diciembre. Agradecemos a nuestra comunidad de arrendadores y arrendatarios por su apoyo incondicional en este año tan difícil. Este hito nos da aún más energía para aportar en las soluciones que el país necesita... La tecnología y la innovación cumplen un rol clave en el desarrollo y competitividad de nuestro país. Colombia debe ser un país que defiende la neutralidad de red y genera condiciones favorables para la inversión local y extranjera. Haremos una revisión detallada del fallo para definir nuestros próximos pasos, particularmente en lo relacionado con el modelo disponible en Colombia desde febrero de este año.²⁹

Los obstáculos llevaron a Uber a replantear las cosas, pensar diferente y buscar nuevas alternativas para su negocio; de esta manera, a pesar de la decisión del tribunal superior de Bogotá que revocó la decisión tomada por la SIC el 20 de diciembre de 2019, la compañía continúa con el negocio de arrendamiento de vehículos con conductor hasta el momento; sumado a esto, el 25 de septiembre de 2021 a través de su cuenta oficial de Twitter, Uber dio a conocer la alianza que realizó con TaxExpress, una empresa de taxis, con la cual crearon la opción de arrendamiento denominada Uber Taxi, alianza que permite que los usuarios registrados en Uber puedan pedir un taxi, y que los conductores de TaxExpress pueden acceder

²⁹ Uber. “Decisión del Tribunal de Bogotá reversa fallo de la SIC”, 19 de junio de 2020, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/decision-del-tribunal-superior-de-bogota-reversa-fallo-de-la-sic/>

a la tecnología de Uber; esto, “con el fin de generar oportunidades para más personas, y como una muestra de reconciliación entre quienes han estado en orillas diferentes”.³⁰

Adicionalmente, el 26 de julio de 2022 Uber dio a conocer que su aplicación presentará más alternativas de movilidad, además de que se expandirá a otras ciudades. Así pues, dio inicio a una nueva modalidad de arrendamiento de vehículos, denominada: UberAcuerdo, consistente en que el arrendador y el usuario negocian y definen el valor final del arrendamiento. “Una vez que el usuario elige su origen y destino, la aplicación de Uber sugiere alternativas de precios basados en el tiempo y la distancia, posteriormente el arrendador podrá aceptar, rechazar o contraofertar las ganancias de las solicitudes de los usuarios. En caso de contraofertar, la aplicación de Uber mostrará al arrendador otras alternativas de ganancias y éste podrá seleccionar con la que esté de acuerdo.”³¹

En la actualidad, Uber sigue trabajando en Colombia bajo un esquema de negocios distinto, *sui generis* respecto de su tradicional forma de operar en otras partes del mundo, pero que le permite mantener su operación y evitar el desgaste de un proceso arbitral internacional que, aunque pudiera resultar victorioso, le garantizaría a la empresa una indemnización económica en lugar de la posibilidad de continuar operando, como lo hace hasta hoy.

Las empresas afectadas por decisiones arbitrarias o injustificables de los gobiernos no siempre deciden iniciar arbitrajes para encontrar solución a sus problemas. En este caso, Uber decidió reinventarse bajo una modalidad que le permitiera subsistir a pesar de todas las trabas impuestas de manera injusta a su operación. Es lo

³⁰ Uber Newsroom, “Uber Taxi en alianza con TaxExpress es una realidad en Colombia”, Colombia, 11 de agosto de 2021, <https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-taxi-en-alianza-con-taxexpress-es-una-realidad-en-colombia/>

³¹ Uber Blog, “Tú eliges tus ganancias, ambos eligen el precio. Eso es Uber Acuerdo”, Colombia, 23 de junio de 2022, <https://www.uber.com/es-CO/blog/uber-acuerdo-colombia/>

que el Banco Mundial ha denominado como “divorcio silencioso”, la ruptura de relaciones entre el inversionista y el Estado sin rupturas legales ni litigios.³²

Para infortunio de la estadística, estos “divorcios” a los que se refiere el Banco Mundial, pasan totalmente desapercibidos, tanto para la literatura académica como para los gobiernos y se convierten en puntos ciegos para la formulación de políticas de inversión.³³

IX. DERECHOS DE INVERSIÓN

Cuando los inversionistas extranjeros deciden iniciar el procedimiento arbitral, generalmente se apoyan en las siguientes bases jurídicas. Para el caso de Uber, el Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América, es un tratado comercial vigente desde mayo de 2012.³⁴ Este acuerdo contiene un Capítulo Diez de inversión, y se considera un Acuerdo Internacional de Inversión (también conocido como *Treaty with Investment Provision*, o TIP), ya que no se limita de manera exclusiva a las inversiones, como lo hacen los tratados bilaterales de inversión (TBI) y que coexisten con mucha frecuencia de manera simultánea. No es este el caso porque Colombia y Estados Unidos carecen de un TBI, de manera que la protección bilateral de inversiones se limita al tratado comercial más amplio.

Este capítulo diez contiene un texto genérico como lo establecen la mayoría de tratados de este tipo en la actualidad, en un modelo congruente con los negociados por Estados Unidos en esa época y

³² Echandi Gurdíán, Roberto. Mecanismos de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados: La necesidad de retomar el objetivo original del Derecho Internacional de la Inversión. Logos, enero-junio 2021, Vol. 2, p. 86. ISSN 2215-5910.

³³ Ibidem.

³⁴ Ver: <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/estados-unidos/texto-final-del-acuerdo/texto-final-estados-unidos.pdf.aspx>

que se divide en dos partes, una sustantiva que enuncia los derechos que se protegen y las facultades y limitaciones estatales respecto de las operaciones de inversión extranjera en sus territorios; y otra relativa a aspectos procesales por la que se establecen mecanismos como el arbitraje inversionista-Estado para el caso de violaciones a dichos derechos de inversión.

Se consideran derechos de inversión el Trato Nacional, el de Nación Más Favorecida, el Nivel Mínimo de Trato o Trato Conforme con el Derecho Internacional (incluidos Trato Justo y Equitativo y Protección y Seguridad Plenas) y la expropiación y medidas equivalentes.

Estos derechos generalmente se entienden vulnerados con la adopción, implementación o ejecución de normas jurídicas o medidas regulatorias estatales. Para el caso de que esto suceda, los tribunales arbitrales internacionales son a los que les corresponde resolver llegado el momento y con argumentos como los que se mencionan a continuación.

X. SOBERANÍA E INVERSIÓN

Cuando se trata de establecer los límites del Estado en materia regulatoria surgen de inmediato conceptos como “soberanía” y “autodeterminación”. Estos conceptos, aunque tienen una innegable connotación ideológica, no son ilimitados, están sujetos, en principio, al cumplimiento del derecho. El estado de derecho es, entonces, el parámetro fundamental para determinar los límites del Estado en materia legislativa y regulatoria. El problema surge cuando se intenta colocar por un lado la facultad soberana y por el otro a los derechos de inversión, como si se tratara de dos extremos opuestos e irreconciliables. Esto es un mito, existen límites a la regulación estatal sin que por ello se llegue al extremo de restringir la soberanía, elemento esencial de todo Estado.

Como punto de partida el Estado tiene amplia facultad legislativa y regulatoria; no obstante, sobre este tema, se ha dicho también que los arbitrajes inversionista-Estado (ISDS) no tienen atribuciones para cuestionar las políticas nacionales de las Partes en tratados internacionales, sean comerciales o de inversión, tal y como lo ratificaron decisiones como las de *Philip Morris v. Uruguay*³⁵ (2016) y *Eli Lilly v. Canadá*³⁶ (2017) y que los tratados comerciales no impiden que un país reforme y actualice su derecho interno porque se entiende que las autoridades nacionales buscan proteger objetivos legítimos de interés general como el medio ambiente, la seguridad, la salud, y otros.

Lo que se establece en los tratados es el compromiso de que, al proteger dichos objetivos, las autoridades lo harán sin afectar innecesariamente los derechos de propiedad de inversionistas e inversiones extranjeras, y que, de hacerlo, tendrán que indemnizar económicamente a los afectados. Es decir, se espera que “el Estado no actuará de manera irracional, contraria al interés público o de manera desproporcionada.”³⁷

Conceptos imprecisos en leyes, reglamentos, o cualquier otra disposición jurídica que carece de definiciones claras y dan amplio margen de interpretación a las autoridades al tomar decisiones, son claros ejemplos de lo anterior. Además, estas medidas podrían llegar a ser irreversibles si se prolongan en el tiempo. La decisión

³⁵ *Philip Morris v. Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo 8 de julio de 2016. Para. 422. Es indiscutido en las decisiones de los más recientes tribunales constituidos en casos de inversión que los requisitos para las expectativas legítimas y la estabilidad jurídica como manifestaciones del estándar de TJE no afectan los derechos del Estado a ejercer su poder soberano para legislar y a adaptar su sistema jurídico a circunstancias variables.

³⁶ *Eli Lilly v. Canada*. Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017, Para. 426. “...it is not the role of a NAFTA Chapter Eleven tribunal to question the policy choices of a NAFTA Party.”

³⁷ *Charanne c. España*, Arbitraje 062/2012, del 21 de enero de 2016. Laudo Final, para. 514.

de *Charanne* dejó claro que el Estado no alteraría los derechos de inversión cuando los cambios “no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente.”³⁸ Las premisas sobre las cuales se construyó la afectación a Uber dejan más dudas que certezas respecto de la política pública que pretende implementarse, empezando por la falta de claridad en la diferencia de políticas aplicadas a Uber respecto de las otras empresas del mismo ramo.

Los Principios de *Standstill*³⁹ y de *Ratchet*,⁴⁰ son claros ejemplos por los cuales los gobiernos no pueden cambiar las circunstancias de lo ya acordado en un tratado, ni implementar reformas más restrictivas a los compromisos pactados, sino únicamente conceder mayor apertura.

Tratados como el TLC Colombia-EE. UU. tampoco otorgan al gobierno la posibilidad de aplicar retroactivamente su ley y retroceder el grado de apertura de un sector previamente consolidado, ni siquiera bajo el argumento de que dichas acciones son producto del ejercicio soberano de la política interna. Hacerlo podría significar una clara violación al tratado internacional.

No obstante, en ocasiones los tribunales se han pronunciado respecto de las políticas estatales como argumentos suficientes ante posibles violaciones de derechos de inversión. El tribunal de *Mami-*

³⁸ Charanne, para. 517.

³⁹ Véase, por ejemplo, el TBI Argentina-Panamá. Art. 3º: “Ninguna de las partes contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo modificación o derogación de leyes, que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra parte contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal.”

⁴⁰ Cfr. Artículo 14.12 c) del Tratado México-Estados Unidos-Canadá (T-MEC).

doil,⁴¹ resolvió que el trato justo y equitativo envuelve a los inversionistas extranjeros en la esfera de las políticas racionales de interés general. No está creado para favorecer los intereses de los inversionistas por encima de los intereses económicos y sociales.

Es verdad también que los precedentes no son obligatorios para controversias futuras, sino meramente referenciales y tienen que tomarse con cautela, por ello se pueden encontrar precedentes en uno y en otro sentido, aplicables incluso en temas que no son de naturaleza similar, sin que uno prevalezca por encima de otro.

Paulsson⁴² explica esto con el argumento de que no hay contradicción entre la tarea de decidir un caso en lo individual (cuando se trata de un tribunal efímero como estos arbitrajes) y contribuir en consciencia con el acrecentamiento del derecho internacional. La redacción de una decisión debería de resistirse a la tentación de citar observaciones errantes, sólo porque parecieran darle soporte a una decisión ya tomada previamente. Los árbitros, antes de darle importancia a decisiones previas, deben de tomar en consideración que estos precedentes no son de ninguna manera obligatorios para el caso que analizan.

Es de sentido común que ningún inversionista extranjero podría esperar que el Estado no reforme sus leyes, el derecho es dinámico y evoluciona para adaptarse a nuevas realidades, lo que un gobierno establece puede no ser lo correcto para otro porque las circunstancias pueden cambiar. Pero, cómo lo resolvió el caso de *Parkerings v. Lituania* (2007): “todo hombre de negocios o inversionista sabe que las leyes evolucionan con el tiempo. Sin embargo, lo que está pro-

⁴¹ Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award 30 March 2015, Para. 614. En: Islam, Rumana. *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*. Springer, 2018, p. 109.

⁴² Paulsson, Jan. *The Role of Precedent in Investment Treaty Arbitration*. En: Yannaca-Small, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford University Press, 2018, p. 100.

hibido al Estado es actuar de manera injusta, irrazonable o inequitativa en el ejercicio de su facultad legislativa.” (traducción propia) En esto vale detenerse un poco.

Dicho de otra forma, se espera que los cambios jurídicos no sean caprichosos o innecesarios, y que no lleguen a suprimir de manera imprevisible y repentina las características esenciales del marco regulatorio existente, como ya se mencionó respecto de la decisión de *Charanne*. El Estado tiene la obligación de apegarse a sus normas, o como lo resolvió el tribunal de ADC v. Hungría: “cuando un Estado firma un tratado..., se compromete a cumplir con él, y debe observar las obligaciones de protección de las inversiones que asumió a través de dicho tratado y no ignorarlas mediante el argumento posterior del derecho de regular del Estado.”⁴³

La decisión de ADC v. Hungría dejó claro que, una cosa es afirmar que el inversionista desarrollará sus actividades en cumplimiento con las leyes y reglamentaciones del Estado receptor, y otra muy distinta es implicar que el inversionista también debe estar dispuesto a aceptar todo lo que decida hacerle el Estado receptor. Cuando un inversionista opera en un país distinto del suyo y en él se cumplen las formalidades jurídicas para operar de manera legítima, lo menos que se espera es que las autoridades nacionales no interfieran de manera arbitraria o injustificable en dichas operaciones. Sin embargo, incluso estas expectativas de inversión tienen sus límites.

⁴³ ADC v. Hungary. ICSID Case No. ARB/03/16, October 2, 2006. Para. 423. The Tribunal cannot accept the Respondent’s position that the actions taken by it against the Claimants were merely an exercise of its rights under international law to regulate its domestic economic and legal affairs. It is the Tribunal’s understanding of the basic international law principles that while a sovereign State possesses the inherent right to regulate its domestic affairs, the exercise of such right is not unlimited and must have its boundaries. As rightly pointed out by the Claimants, the rule of law, which includes treaty obligations, provides such boundaries. Therefore, when a State enters into a bilateral investment treaty like the one in this case, it becomes bound by it and the investment- protection obligations it undertook therein must be honored rather than be ignored by a later argument of the State’s right to regulate.

Las medidas colombianas que afectaron a Uber constituyeron cambios drásticos del régimen jurídico vigente en Colombia establecido desde 1996. La justificación de dichas medidas es que se basaban en atribuciones estatales, aunque el objetivo a proteger pudiera reivindicar un monopolio del transporte como el de taxis.

La defensa de medidas gubernamentales anclada en principios de soberanía debe de ser muy cuidadosa, de lo contrario se estará ante un abuso de estas facultades soberanas, o como lo dice *Sornarajah*, las violaciones contractuales (aplica también a inversiones extranjeras sin contrato de por medio) derivadas del uso de facultades soberanas del Estado, bien podrían derivar en la infracción del derecho internacional.⁴⁴

El problema surge también cuando las medidas gubernamentales expresan contenidos ideológicos que, aunque podrían considerarse razones justificables a los intereses nacionales, al mismo tiempo podrían ser argumentos idiosincráticos para violaciones de derechos de inversión.

Las razones de la SIC para establecer estas medidas violatorias de los derechos de inversión se basaron en la prestación del servicio de transporte, estableciendo que sea público o privado, “la intervención estatal es imperativa para reglamentar y controlar esa actividad... las empresas interesadas en prestar el servicio público de transporte o constituidas para tal fin, deberán solicitar y obtener habilitación (o autorización) para (poder) operar”⁴⁵. En reiteradas ocasiones, el juez estableció que Uber había infringido las normas del sector de transporte público al prestar dicho servicio sin cumplir con los requisitos necesarios para poder hacerlo.

⁴⁴ Sornarajah, M. *The International Law of Foreign Investment*. Cambridge University Press, 2010, p. 14.

⁴⁵ Juez asignado a la Delegatura para asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106”, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019, <https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-prestación-del-servicio-de-transporte-uber>

De acuerdo con el juez, Uber decidió no someterse a la normatividad aplicable a su negocio, decisión que le permitió prestar el mismo servicio que prestan las empresas legalmente habilitadas, pero sin los obstáculos de tener que cumplir estrictas medidas del sector transporte.

De modo que, en palabras del juez encargado del proceso:

Uber obtuvo una ventaja competitiva a partir de la violación de normas, en tanto que no ha tenido que: agotar los trámites administrativos obligatorios para la prestación del servicio, no ha tenido que someterse a las múltiples exigencias aplicables a los prestadores del servicio público de transporte en vehículo taxi, no ha tenido que someterse a las limitaciones geográficas, no ha tenido que someterse a las restricciones de ingreso de vehículos al parque automotor, y mucho menos a la afectación de tarifas. Es decir que ha podido llevar a cabo el ejercicio competitivo de manera más libre que quienes prestan el mismo servicio en condiciones de sometimiento a la regulación... Ante un mercado altamente regulado, quien no cumple con la regulación, compite en condiciones más favorables que no pueden ser igualadas, aunque quisieran, por lo que la única posibilidad de competir frente a Uber sería optar por violar la ley.⁴⁶

En contextos de inestabilidad jurídica y política es razonable que se reclame la falta de protección y seguridad de inversionistas e inversiones. Este estándar, que algunos identifican como derivación del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional, requiere que el Estado receptor de la inversión cumpla con las funciones básicas del Estado moderno: mantener el orden público y la seguridad. No se requiere protección del Estado, sino protección por medio del Estado; es decir, por los canales que el propio Estado establece para garantizar que los inversionistas no sean objeto de acciones despóticas y arbitrarias.⁴⁷

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Mantilla Blanco, Sebastián. Full Protection and Security in International Investment Law. Springer, 2018, p. 613.

Un argumento aceptado por el tribunal de *Eiser v. España* refiere que, si los inversionistas invirtieron en un país fue porque las normas constitucionales y legales así lo permitían; cambiar con posterioridad las leyes (y esto aplica también a decisiones administrativas) implica una transformación abrupta y radical de las circunstancias que motivaron esas inversiones en primer lugar. La aplicación retroactiva de la ley tiene efectos adversos en las inversiones del sector. Insistimos, el Estado no está impedido a realizar estos cambios, pero de consolidarse, los representantes del Estado tendrían que defenderse justificando que sus acciones son el resultado de perseguir un objetivo legítimo y que dichas reformas eran la única manera o la manera razonable y de menor impacto (*In dubio mitius*) a las inversiones extranjeras para cumplir con la protección de dicho objetivo, de lo contrario, podría verse obligado a indemnizar sumas millonarias.

Los cambios repentinos y radicales a normas jurídicas, así como la falta de estabilidad del marco jurídico han sido considerados violatorios del estándar de trato justo y equitativo en varias controversias. Dicho de otro modo, las condiciones estables y equitativas claramente forman parte del estándar de trato justo y equitativo como lo ha resuelto el tribunal de *Plama c. Bulgaria*⁴⁸ y el tribunal de *Occidental v. Ecuador*, respecto de que existe un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo cuando “el marco dentro del cual la inversión se realizó y opera ha sido cambiado de una manera importante”⁴⁹ por el Estado demandado.

⁴⁸ *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, para. 173.

⁴⁹ *Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador*, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004, para. 183.

XI. EXPECTATIVAS DE INVERSIÓN

Las inversiones extranjeras generan expectativas a los inversionistas, no en el sentido económico solamente, sino en cuanto a la libertad de realizar sus actividades sin obstáculos ni restricciones discriminatorias e injustificables por parte del Estado receptor, que es lo que realmente importa para defensa de los derechos de inversión. Si se obtienen o no las ganancias esperadas es un tema que no compete al Estado, excepto si las pérdidas son consecuencia de medidas irrazonables de sus autoridades.

La decisión de *El Paso v. Argentina*⁵⁰ estableció que dichas expectativas deben contemplar la posibilidad real de que se instrumenten cambios y modificaciones razonables en el marco legal por parte de las autoridades competentes, pero dichos cambios o modificaciones deben de estar dentro de los límites de las facultades que les fueron conferidas por ley. De acuerdo con esta decisión, apartarse del mandato legal constituye una violación de las expectativas.

El Tribunal de *Eiser v. España*⁵¹ consideró que las expectativas legítimas están vinculadas al trato justo y equitativo y por ello buscan limitar las acciones gubernamentales respecto de las medidas regulatorias previamente establecidas y que dieron origen a la decisión de llegar a invertir a un país, pues estas acciones de gobierno privan a los inversionistas del valor de su inversión.

Las expectativas legítimas, al menos en decisiones y tratados recientes, no son ya como lo fueron antes, violatorias en principio del nivel mínimo de trato y esto ya es aceptado incluso en tratados de reciente creación. El capítulo 14 de Inversión de T-MEC, por ejemplo, establece de manera general la no aplicación de las expectativas del inversionista como factor para considerar la violación del Nivel Mínimo de Trato, aunque deja abierta una breve posibilidad.

⁵⁰ Cfr. *El Paso Energy International Co. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, para. 400.

⁵¹ *Eiser v. España*, Caso CIADI ARB/13/36, Laudo del 4 de mayo de 2017, para. 382.

Dice textualmente el Capítulo 14 del T-MEC que “el simple hecho de que una Parte tome u omite tomar una acción que pudiera ser incompatible con las expectativas del inversionista, no constituye una violación de este Artículo, incluso si como resultado de ello hay una pérdida o daño en la inversión cubierta.”⁵² Esta es una novedad en la renegociación del acuerdo de América del Norte, el anterior TLCAN no lo establecía y precisamente por ello algunos arbitrajes ampararon estas expectativas, como la decisión de *Tecmed v. México*, que ya ha caído en desuso.

La excepción del mismo Capítulo 14, en lo relativo al Anexo 14-B se refiere a expropiación indirecta. De acuerdo con el párrafo 3 inciso a) ii) se requiere de una investigación que considere, entre otros factores, que la medida en que se basó el acto gubernamental interfiere con expectativas inequívocas y razonables respaldadas por la inversión. Hasta aquí, parece que no cambia nada, pero esta disposición tiene una nota a pie de página (19) que matiza esta afirmación. Esta nota refiere de manera concreta que la razonabilidad de dichas expectativas depende de “si el gobierno proporcionó al inversionista garantías escritas vinculantes y de la naturaleza y alcance de la regulación gubernamental o del potencial de regulación gubernamental en el sector pertinente.” Un ejemplo de esto podría ser una cláusula de estabilización⁵³ en un tratado o en un contrato, la cual los Estados se cuidan de no incluir en la actualidad.

Lo complejo de las expectativas de inversionistas extranjeros radica en la evidente contradicción que existe entre las acciones que realizan los gobiernos para atraer inversiones, en primer lugar, y las que se adoptan en un segundo momento y que intentan afectar

⁵² T-MEC, Capítulo 14. Inversión. artículo 14.6, párrafo 4, relativo al Nivel Mínimo de Trato.

⁵³ En un estudio amplio sobre estas cláusulas, ver: Gjuzi, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law. A Sustainable Development Approach*. Springer, 2018.

y hasta expulsar a los inversionistas del país, ya que las medidas adoptadas tienen por consecuencia su afectación económica, en los términos en los que resolvió el tribunal de *El Paso v. Argentina*.⁵⁴

La estabilidad y previsibilidad del marco jurídico, al igual que la congruencia en la toma de decisiones gubernamentales son elementos esenciales de cualquier expectativa de inversión. Cualquier acción que se aparte de estos principios es una señal de violación de derechos de inversión, como el trato justo y equitativo y de la protección jurídica, además por supuesto, de claras violaciones a compromisos convencionales.

Haciendo a un lado las interpretaciones de algunos tribunales arbitrales, el hecho de generar condiciones para atraer inversiones para luego revertirlas bajo el escudo de una nueva reflexión ideológica, de presiones sociales, de cambios radicales de políticas nacionales, no puede justificarse bajo el argumento de lo cambiante del derecho, los cambios repentinos pueden ser motivo de falta de congruencia por parte de los gobiernos y atentan directamente contra la certeza jurídica y la protección y seguridad de las inversiones.

XII. LÍMITES AL CONCEPTO DE SOBERANÍA

Dicho lo anterior, es necesario recalcar que la soberanía no es un concepto absoluto, admite excepciones. Los gobernantes tienen la obligación de apegarse al marco jurídico de sus países, al mismo tiempo que deben de cumplir con compromisos y estándares internacionales. Si no existieran límites a la soberanía nacional, los gobernantes en turno tomarían decisiones sin repercusiones, pues la soberanía les otorgaría esta libertad y ello provocaría un deterioro irreversible del estado de derecho.

El derecho, entonces, sirve de contención al poder, le pone límites, le condiciona el actuar a los gobernantes y promueve la estabilidad social, económica y política de los países. La soberanía es una

⁵⁴ *El Paso v. Argentina*, para. 384.

premisa básica que sostiene a una comunidad nacional para que decida el camino que mejor le conviene, pero al igual que sucede con la libertad personal, requiere que se tome en cuenta a los demás que cuentan también con los mismos derechos y obligaciones.

Soberanía es un concepto que reconoce la existencia de libertades, pero también de obligaciones. Ejercerla no significa contar con una licencia irrestricta, sino reconocer los valores y principios de una sociedad en constante cambio, y estar siempre consciente de los límites que le impone a un país formar parte de una comunidad internacional, incluso cuando lo que se pretende es amparar objetivos legítimos de interés público.

Las facultades legislativas y regulatorias de un Estado tendrán siempre prioridad, no se debe de temer a demandas internacionales como algo *a priori*, ya que se estaría fomentando aquello que en la práctica se ha conocido como el “*regulatory chill*”, o “enfriamiento regulatorio”, por el cual los gobiernos se abstienen de adoptar y adaptar su derecho a nuevas circunstancias por el miedo a demandas internacionales. Esto no debería de ser así, pero es necesario reflexionar respecto de las afectaciones que una medida gubernamental conlleva y definir, con un análisis técnico jurídico, si dicha medida atenta contra compromisos de tratados internacionales, o si es lo suficientemente justificable para ser defendida desde la perspectiva de la protección de objetivos legítimos nacionales.

La tarea de análisis en este sentido les corresponde a los legisladores, pero también es una obligación de la academia darles a las autoridades las herramientas para reflexionar, antes de tomar decisiones que pudieran ser lesivas a los intereses del país. Los efectos de reformas radicales e irreflexivas no sólo les incumben a los operadores públicos y privados. Las consecuencias se ven reflejadas en toda la población.

Para bien o para mal, los tratados comerciales y de inversión vigentes constituyen obligaciones jurídicas que no están sujetas a condiciones políticas. Dejar de cumplirlos es un lujo que un país no

siempre puede darse. Es mejor buscar alternativas que, al ser suficientes, sean también menos lesivas a los intereses de inversionistas e inversiones extranjeras, si no se quiere pagar indemnizaciones cuantiosas.

XIII. OBJETIVOS LEGÍTIMOS

Las medidas nacionales, para no ser violatorias de derechos de inversión, tienen que estar respaldadas por razonamientos que justifiquen que dicho cambio radical es necesario para cumplir con objetivos legítimos de interés general.

Estos objetivos generalmente consisten en cuestiones como la protección del medio ambiente, la salud, la seguridad, la competencia y otros. Estas medidas deben de sostenerse en principios de soberanía pero que deben ser probados más allá de las declaraciones políticas; es decir, sobre bases respaldadas jurídicamente. Deben incluso coincidir con tendencias mundiales, respaldarse incluso en buenas prácticas del derecho comparado.

La falta de justificación suficiente constituye también violación del principio de trato justo y equitativo y de protección y seguridad, ampliamente reconocidos por el derecho internacional de las inversiones.

Las medidas nacionales deben de cumplir con compromisos internacionales de inversión y no contravenir las obligaciones de trato establecidas en tratados y capítulos de inversión. Por ejemplo, que éstas:

no sean discriminatorias a favor de inversionistas nacionales o de otros países;

no sean arbitrarias, opacas, ni contrarias al marco legal interno o debido proceso;

no afecten las expectativas legítimas de los inversionistas; y/o

no expropian directa o indirectamente la inversión.⁵⁵

⁵⁵ Reporte especial TLCs - Principales garantes de las reglas del juego. SAI Derecho & Economía, marzo 2021.

Para mayor explicación, la discriminación se traduce en medidas que afectan a principios como los de trato nacional, trato de nación más favorecida, trato conforme al derecho internacional (incluido trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas), y expropiación o medidas equivalentes.

Uno de los roles más importantes del estándar de trato justo y equitativo en inversiones consiste en controlar el ejercicio discrecional de las autoridades del Estado.⁵⁶ Entre más amplias sean las atribuciones de las autoridades y mayores los márgenes de decisión que puedan impactar de forma negativa a los inversionistas, mayor será la posibilidad de incurrir en violación de este estándar internacional.

XIV. CONCLUSIÓN

El Estado tiene facultades soberanas respecto de su derecho interno y los tratados comerciales no impiden realizar reformas jurídicas o adoptar medidas administrativas, pero los compromisos comerciales y de inversión, al igual que los arbitrajes en este tema, sirven como mecanismos de contención cuando el nivel de riesgo país es alto. Los Estados no deberían de minimizar la importancia del riesgo que implica tener que indemnizar a empresas afectadas por cantidades millonarias, más en este momento de crisis sanitaria, política y económica mundial.

Los gobiernos tienen la obligación de construir bases sólidas para mantener la estabilidad social, económica e institucional. Para algunos gobernantes, estos objetivos se logran por la vía de la consolidación de la soberanía tradicional reflejada en el control estatal. Nada les impide a los Estados realizar estos objetivos, pero si para

⁵⁶ Hepburn, Jarrod. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford University Press, UK, 2017, p. 16. “...one of the key roles of the FET standard in investment law is, as with domestic administrative law, to control exercises of executive discretion.”

lograrlo se recurre a revertir normas y derechos adquiridos, es probable que se tenga que pagar un precio para lograrlo, y a veces ese precio es demasiado alto, por desgracia.

Uber decidió no enfrentar a Colombia en un arbitraje internacional (al menos por ahora) y en ello pueden darse dos lecturas. Primera, habrá quien piense que es mejor un mal arreglo que un buen pleito, es decir, la victoria de la política sobre el derecho, algo que le ha permitido a la empresa mantener sus operaciones en Colombia, aunque bajo un esquema jurídico distinto.

Segunda, la decisión de Colombia de dejar abierta una puerta para que Uber continuara sus operaciones podría considerarse como una buena estrategia nacional que le ha evitado, por ahora, ser objeto de demandas internacionales. Esto no debe de interpretarse como una estrategia que podrá replicarse en todos los ramos y sectores económicos, ni tampoco en cualquier época, pero por ahora ha funcionado. Esto tampoco quiere decir que los razonamientos basados en la defensa de la soberanía han triunfado, porque sería incorrecto. El Estado colombiano y la comunidad internacional, en lo general, deben de cuidar siempre la obligación de justificar en derecho sus medidas internas.

Respaldar las decisiones de autoridad en la norma jurídica es la mejor garantía del cumplimiento de objetivos legítimos y del respeto a los derechos de propiedad.

XV. FUENTES DE INFORMACIÓN

1. BIBLIOGRAFÍA.

CHAISSÉ, Julien; et. al. *Handbook of International Investment Law and Policy*, Springer 2021.

ECHANDI Gurdián, Roberto. Mecanismos de gestión de conflictos entre inversionistas y Estados: La necesidad de retomar el objetivo original del Derecho Internacional de la Inversión. *Logos*, enero-junio 2021, Vol. 2, p. 86. ISSN 2215-5910.

- GJUZI, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law. A Sustainable Development Approach*. Springer, 2018.
- HEPBURN, Jarrod. *Domestic Law in International Investment Arbitration*. Oxford University Press, UK, 2017.
- ISLAM, Rumana. *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration*. Springer, 2018.
- MANTILLA BLANCO, Sebastián. *Full Protection and Security in International Investment Law*. Springer, 2018.
- PAPARINSKIS, Martins. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford University Press, 2013.
- SAI Derecho & Economía. Reporte especial TLCs - Principales garantes de las reglas del juego, marzo 2021.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010.
- TREVES, Tulio (Ed.), et. al. *Foreign Investment, International Law and Common Concerns*. Routledge, 2014.
- YANNACA-SMALL, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements. A Guide to the Key Issues*, Second Edition, Oxford University Press, 2018.

2. CASOS.

- ADC v. Hungary. ICSID Case No. ARB/03/16, October 2, 2006.
- Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12. Laudo del 14 de julio de 2006.
- Charanne c. España, Arbitraje 062/2012, del 21 de enero de 2016. Laudo Final.
- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8. Laudo del 12 de mayo de 2005.

Eiser v. España, Caso CIADI ARB/13/36, Laudo del 4 de mayo de 2017.

El Paso Energy International Co. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011.

Eli Lilly v. Canada. Case No. UNCT/14/2, Final Award, 16 March 2017.

Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/11/24, Award 30 March 2015.

MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Laudo del 25 de mayo de 2004.

Occidental Exploration and Production Company c. Ecuador, Caso LCIA No. UN 3467, Laudo Final, 1 de julio de 2004.

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8. Laudo del 11 de septiembre de 2007.

Philip Morris v. Uruguay, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo 8 de julio de 2016.

Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008.

Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8. Laudo del 17 de enero de 2007.

3. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Ley 256 de 1996: Normas sobre competencia desleal.

Ley 1166 del año 2007 aprobó el TLC entre Colombia y EE. UU.

Sentencia de la SIC: 20 de diciembre de 2019.

Sentencia de revocación de la sentencia proferida por la SIC el 20 de diciembre de 2019: 18 de junio de 2020.

4. PÁGINAS WEB

Superintendencia de Industria y Comercio. Disponible en: <<https://www.sic.gov.co>>

Acuerdo de promoción comercial entre las Repúblicas de Colombia y los Estados Unidos de América. Disponible en: <<https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/estados-unidos/texto-final-del-acuerdo/texto-final-estados-unidos.pdf.aspx>>

Uber Newsroom, “Uber deja de funcionar en Colombia”, Colombia, 11 de enero de 2020. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-deja-de-funcionar-en-colombia/>>

Uber Blog, “Uber se reinventa por Colombia”, El Salvador, 18 de febrero de 2020. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-SV/blog/uber-se-reinventa-por-colombia/>>

Uber. “Decisión del Tribunal de Bogotá reversa fallo de la SIC”, 19 de junio de 2020. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/decision-del-tribunal-superior-de-bogota-reversa-fallo-de-la-sic/>>

Uber Newsroom, “Uber Taxi en alianza con TaxExpress es una realidad en Colombia”, Colombia, 11 de agosto de 2021. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-taxi-en-alianza-con-taxexpress-es-una-realidad-en-colombia/>>

Uber Blog, “Tú eliges tus ganancias, ambos eligen el precio. Eso es Uber Acuerdo”, Colombia, 23 de junio de 2022. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/blog/uber-acuerdo-colombia/>>

Uber Newsroom, “Uber inicia el año reunido con socios y conductores”, Colombia, 7 de febrero de 2019. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/newsroom/uber-se-reune-con-socios-conductores/>>

Uber Blog, “La violencia es inaceptable”, Colombia, 17 de enero de 2017. Disponible en: <<https://www.uber.com/es-CO/blog/la-violencia-es-inaceptable/>>

Proceso por competencia desleal, radicación 16-102106, Bogotá D.C., 20 de septiembre de 2019. Disponible en: <<https://www.sic.gov.co/slider/superindustria-ordena-cese-de-la-pres-tación-del-servicio-de-transporte-uber>>

Tribunal superior del Distrito judicial – Sala séptima civil de decisión, “Sentencia anticipada, proceso verbal por competencia desleal No. 110013199001201602106 03,”, 18 de junio de 2020. Disponible: <<https://imgcdn.larepublica.co/cms/2020/06/19090449/z.-SENTENCIA-ANTICIPADA-UBER-1.pdf>>

Anadolu agency, “Uber Vuelve a Colombia como una plataforma de arriendo de carros con conductor”, 2 de febrero fe 2020. Disponible en: <<https://www.aa.com.tr/es/mundo/uber-vuelve-a-colombia-como-una-plataforma-de-arriendo-de-carros-con-conductor/1739865>>

5. ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

El país, “Uber dice que demandará a Colombia por violar TLC con estados Unidos”, 9 de enero ce 2020. Disponible en: <<https://www.elpais.cr/2020/01/09/uber-dice-que-demandara-a-colombia-por-violar-tlc-con-estados-unidos/>>

