



Vigencias futuras, peajes y su incidencia en la seguridad jurídica para la inversión en APPs



Boletín PHRLegal

Vigencias futuras, peajes y su incidencia en la seguridad jurídica para la inversión en APPs

Siempre hemos escuchado acerca de lo fundamental de la seguridad jurídica de un país para efectos de ser atractivo a la inversión privada, sea nacional o extranjera. Así, la existencia de reglas claras de juego y, particularmente, de sistemas conocidos y objetivos para la gestión administrativa y judicial permiten que se dirijan mayores recursos para la financiación o desarrollo de proyectos tanto en el sector privado, como público.

Cuando estos aspectos se ven amenazados, los recursos que existían en una economía, siempre que sea posible, tienden a cambiar de destino para aquellos mercados que ofrezcan mejores garantías.

En Colombia, desde la última década del siglo pasado, se ha trabajado conjuntamente entre el sector público y privado para el desarrollo de infraestructura de transporte, en especial, en lo que atañe al modo carretero, lo que, a la fecha, nos ha llevado a encontrarnos ante 5 generaciones de concesiones.

En todas estas generaciones de concesiones viales, ha sido, y continuará siendo, clave contemplar el aporte de recursos estatales provenientes del Presupuesto General de la Nación. Lo anterior debido





a que en casi la mayoría de los casos los recursos provenientes de recaudo de peaje resultan insuficientes para el pago total al concesionario.

El Gobierno Nacional ha dado señales negativas al mercado a través de dos actuaciones concretas: i) Afectación a la estructura tarifaria que se cobra en las concesiones viales y ii) Afectación a los recursos correspondientes a aportes estatales, pasando a referirnos a ello a continuación:

1. Afectación a la estructura tarifaria que se cobra en las concesiones viales

Una decisión de no incremento de peajes puede afectar de manera sustancial la continuidad del contrato de concesión.

En una reciente decisión arbitral, principalmente, con motivo de la afectación al esquema tarifario, pero también en razón a la no instalación de un peaje que generó elusión y la insuficiencia de mecanismos contractuales para proceder con la respectiva compensación, se declaró la configuración de condiciones propicias para la terminación del contrato de concesión bajo el esquema de APP No. 002 de 2015¹,

Es decir, ante la ocurrencia de hechos que activan el riesgo de

menor recaudo a cargo del estado, sumado a la insuficiencia de mecanismos de compensación, no solo se afecta la confianza inversionista sino la posibilidad de ejecutar proyectos de gran interés e impacto social y económico para Colombia.

Particularizando sobre la forma que puede activarse en la realidad el riesgo público de menor recaudo, debemos referirnos necesariamente a la expedición del Decreto No. 050 de 2023², el cual impidió que las sociedades concesionarias ajustaran las tarifas de peaje según las estructuras contractuales.

El Gobierno ha sufrido directamente su decisión al tener que pagar altísimos montos derivados de la toma de tal

1. Laudo del 24 de octubre de 2023. Arbitraje convocado por la Sociedad APP GICA S.A.S contra la Agencia Nacional de Infraestructura. Disponible en: <https://bibliotecadigital.ccb.org.co/server/api/core/bitstreams/25a28faf-fe9f-4892-b671-6a4d1cd2b017/content>

2. Por medio del cual se ordena no incrementar las tarifas de peaje a vehículos que transiten por el territorio nacional por las estaciones de peaje a cargo del Instituto Nacional de Vías (Inviás) y de la Agencia Nacional de Infraestructura. Parágrafo 2 del Artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 del 2015.

decisión con causa en la materialización de obligaciones contingentes a su cargo. Adicionalmente, se vio obligado a proceder con la expedición del Decreto 2287 de 2023, a través del cual se fijaron las reglas encaminadas al restablecimiento de las estructuras tarifarias anteriormente afectadas, producto de lo cual, el Ministerio de Transporte ha expedido las resoluciones No. 20243040001125 y 20243040035675 del 15 de enero y 31 de julio de 2024, respectivamente.

Con lo anterior, el incremento que debía efectuarse en el año 2023 (correspondiente al IPC de 2022: 13.12%) se esté cobrando solo desde el 16 de enero de 2024 y el incremento que debía implementarse desde enero de 2024 (correspondiente al IPC de 2023: 9.28%) se está cobrando parcialmente, específicamente en un 50%, desde el pasado 1 de agosto de 2024, faltando que se autorice el incremento de: i) el 50% faltante del IPC de 2023, ii) los porcentajes adicionales al IPC que se encuentran autorizados en algunos contratos y iii) la determinación del mecanismos de compensación para aquellas concesiones bajo modalidad de APP de iniciativa privada sin desembolso de recursos públicos.

Específicamente para el caso de las iniciativas privadas, el impacto del no incremento de tarifas de peajes es mayor puesto que los mecanismos de compensación previstos en el Decreto 1082 en muchos casos no son suficientes³.

En efecto, (i) la ampliación del plazo inicial de conformidad con la ley, (ii) la modificación del alcance del proyecto, o los (iii) excedentes del patrimonio autónomo, no compensan para todos los casos el déficit de cambios de tarifas, el no incremento de las mismas o el otorgamiento de tarifas diferenciales o exenciones, resultando insuficientes para compensar el valor de los riesgos materializados, y llevar por tanto a la terminación anticipada del contrato con la correspondiente liquidación de este.

Debe el gremio insistir en la posibilidad de la compensación con una suma líquida de dinero, con apoyo en una interpretación sistemática de la legislación aplicable:

- ❖ La Ley 1508 de 2012 indica que las iniciativas privadas sin aporte de recursos públicos están sometidas a la condición de no requerir “fondos públicos para la ejecución del proyecto”⁴.
- ❖ Solo a partir del 2021 se incluyó en la definición de ‘desembolso de recursos públicos’ el uso de recursos del Estado, “para la atención de riesgos y obligaciones contingentes a cargo de la entidad estatal”⁵.

3. Parágrafo 2 del Artículo 2.2.2.1.5.5. del Decreto 1082 del 2015

4. Artículos 19, 20 y 21 de la Ley 1508 de 2012..

5. Artículo 2.2.2.1.3.1 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 2 del Decreto 438 de 2021.

- ❖ La prohibición de realizar desembolsos públicos aplica solo para la “ejecución del proyecto”, pero no respecto de la compensación al concesionario por la ocurrencia de los riesgos asumidos por la entidad concedente.
- ❖ La restricción normativa refiere a la imposibilidad de suscribir “modificaciones que impliquen este tipo de desembolsos [de recursos públicos]”, debiendo recordarse que el pago de un riesgo a cargo del estado en el marco de un contrato no corresponde a una modificación contractual sino, por el contrario, a la debida observancia de una obligación contingente válidamente pactada.

Bajo esta interpretación, el concesionario podría contemplar la posibilidad de solicitar una compensación en dinero por la materialización del riesgo asumido por el concedente y el estado está normativamente facultado para su reconocimiento.

Se genera un gran perjuicio para el estado que se activen riesgos públicos y teniendo posibilidades para su reconocimiento y pago se prefieran terminaciones anticipadas y cuantiosas.



2. Afectación a los recursos correspondientes a aportes estatales

Las vigencias presupuestales futuras, (entendidas, básicamente, como aquellas erogaciones que el estado compromete frente a la ejecución de proyectos cuya ejecución superan de un año), sirven de sustento para la celebración del respectivo negocio jurídico. Por lo tanto, gozan de protección que finalmente repercute en la credibilidad de los privados frente al compromiso de pago futuro del estado con recursos que aún no existen, pero que se prevea ingresarán a su patrimonio.

El artículo 26 de la Ley 1508 de 2012, considerando la duración de los proyectos de concesión, determina con total claridad que el estado puede “autorizar la asunción de compromisos de vigencias futuras, hasta por el tiempo de duración del proyecto”, permitiendo que el estado cuente con mayor posibilidad de recaudo presupuestal y sirviendo a los inversionistas como prenda de garantía de mayor posibilidad de cumplimiento.

La normativa existente señala que los valores de las vigencias futuras



comprometidas deben coordinarse con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Al respecto, la Ley 819 de 2003 en su artículo 10, literal (a), dispone como uno de los requisitos para su procedibilidad, que “El monto máximo de vigencias futuras, el plazo y las condiciones de las mismas consulte las metas plurianuales del Marco Fiscal de Mediano Plazo”. Asimismo, el artículo 2.2.2.1.11.36 del Decreto 1082 de 2015 determina que “Los cupos de vigencias futuras, autorizados (...) para la ejecución de los proyectos bajo el esquema de asociación público privada(...) harán parte del Marco de Gasto de Mediano Plazo (MGMP), por lo que en el proceso de programación del mismo deben ser priorizados por el Ministerio u órgano cabeza del sector”.

Es decir, el estado en su esquema normativo fue previsorio el establecer un límite para el pacto de esta figura dentro de sus contratos, buscando, de un lado, no comprometerse en más de aquello que espera recibir en términos prudenciales y, de otro, ofrecer la mayor garantía posible a los inversionistas de que efectivamente ingresarán al erario los recursos prometidos.

Correspondiendo con la garantía que desde la norma se pretende brindar para el uso de las vigencias presupuestales futuras, los contratos de concesión, especialmente de cuarta y quinta generación, incorporaron reglas para proteger ante su no desembolso por parte del estado, evidenciándose disposición particular sobre generación de intereses moratorios.

Al respecto, de manera general, los contratos regularon una tasa moratoria equivalente al DTF más 5% que se activa en una primera etapa hasta el día 540 desde la obligación de pago del estado y una tasa de DTF más 10% desde el día 541 en adelante. Sin embargo, para el caso de desembolso y pago de aportes estatales, se reguló una tasa de DTF más 10 % desde el momento de firma del acta de terminación de unidad funcional o luego de transcurridos 120 días desde el momento en que debía efectuarse el desembolso al patrimonio autónomo que sirve al proyecto. Ello refleja la importancia que desde el mismo contrato se otorga a este componente de pago a los contratistas, incluso con un régimen más gravoso al mismo estado en caso de no cumplimiento oportuno, comparándolo con otro tipo de obligaciones dinerarias 7.

6. Originalmente correspondía al artículo 3 del Decreto 1610 de 2013 “Por el cual se reglamenta el artículo 26 de la Ley 1508 de 2012”

7 Esquema tomado de la Sección 3.6 de la Parte General del Contrato de Concesión bajo la modalidad de APP No. 005 de 2014. Proyecto Pacífico 3.

No existe disposición normativa o contractual para que el estado pueda desconocer su promesa referida a contar con los aportes estatales suficientes pactados, so pena de incurrir en incumplimientos de sus compromisos contractuales y de, en abstracto, generar alertas frente a su actitud de observancia frente a este compromiso en relación con los demás proyectos que contemplan la figura.



El Decreto 0313 de 2024 expedido por el Ministerio de Hacienda, prendió alarmas sobre las vigencias futuras, dado que de manera general este le permite al Gobierno incluir un paso más en los casos en los que haya reprogramaciones o traslados de recursos destinados a inversión y cuyo respaldo sean vigencias futuras, determinando que debe informársele al Presidente.

Téngase en cuenta que las partidas y subpartidas presupuestales vienen ordenadas desde el Congreso, y el Gobierno debe ejecutar lo dispuesto en la norma a través del decreto de liquidación, que debe corresponder exactamente con lo que indique la ley anual del presupuesto, es decir, no puede el Gobierno, una vez recibe la ley anual del presupuesto, ampliar o reducir los montos aprobados para atender otra actividad, ni gastos de inversión ni nuevos proyectos.

En otras palabras, el gobierno nacional hoy no cuenta, ni puede contar, con la potestad de modificar el alcance del trámite de creación del presupuesto lo cual única y exclusivamente corresponde al Congreso de la República.

A través del citado Decreto, el gobierno solo tendría la posibilidad de adecuar el trámite al interior de la administración, pudiendo incluir un paso más (la información al Presidente) en los casos en los que haya reprogramaciones o traslados de recursos destinados a inversión y cuyo respaldo sean vigencias futuras siempre y cuando ello no riña con competencias del legislador ni con un compromiso contractual vigente.

Sin perjuicio de lo anterior, es dable reconocer que el Estatuto Orgánico de Presupuesto reconoce la posibilidad de realizar traslados y reprogramaciones de recursos de vigencias futuras. De hecho, se ha observado que en decretos de liquidación del presupuesto previos y otras normas similares se contempla la posibilidad de reprogramar vigencias futuras, pero el normal paso a seguir en el caso de vigencias

futuras o su reprogramación requiere acudir ante el Consejo Superior de Política Fiscal-CONFIS (o quien éste delegue).

Adicionalmente, el actual gobierno nacional ha manifestado públicamente su intención de modificar el esquema de desembolso de vigencias futuras, con la intención de diferir en el tiempo su reconocimiento, dejando espacio para con esos recursos financiar la ejecución de infraestructura de servicios públicos, de educación y salud, sin ser claro el mecanismo por el que se optaría para ello.

En múltiples escenarios tanto el Ministro de Hacienda, como el propio Presidente, han propuesto un cambio significativo en la destinación de las vigencias futuras para proyectos de infraestructura clave. Aunque el Ministro Bonilla ha aclarado que los proyectos declarados de importancia estratégica mantendrán su estatus, ha advertido que se requiere una evaluación de su progreso y que si una obra no avanza como se esperaba, los recursos podrían ser reasignados a otros proyectos más viables.

Muchas dudas se ciernen en torno a sus declaraciones, principalmente a si ¿se procederá de manera unilateral? o ¿de mutuo acuerdo?, ¿está dispuesto el gobierno a atacar severamente la confianza inversionista, ya afectada por otras decisiones?





El gremio debe estar atento ante cualquier intento de reforma normativa que afecte la gestión de estos recursos, ya sea mediante proyectos de ley o decretos que pretendan otorgar nuevas facultades al presidente Gustavo Petro, permitiéndole redirigir fondos destinados a obras de infraestructura comprometidas con vigencias futuras. En especial, debe estar atento a la inclusión en la ley anual de presupuesto o en el proyecto de reforma tributaria, facultades que le permitan al presidente incidir en el trámite presupuestal, específicamente en la aprobación y reprogramación de vigencias futuras, más allá de lo que hoy en día la Constitución y las normas orgánicas se lo permiten.

No se puede pasar por alto que el pasado 21 de marzo, el presidente Gustavo Petro subrayó la necesidad de priorizar el acceso al agua potable en la inversión pública. En su declaración, destacó que la inversión en acueductos debe ser prioritaria frente a otros proyectos, como las obras de infraestructura vial 4G y los túneles. Petro enfatizó que la estrategia del gobierno consiste en reformar las vigencias futuras para dar mayor prioridad a la construcción de universidades,

plantas de tratamiento de aguas residuales (PTAR) y proyectos relacionados con el agua potable. Según el presidente, se pospondrán las inversiones en las vías para concentrar los recursos en estos aspectos esenciales.

En el mismo mes el presidente solicitó al director del DNP, Alexander López, una reestructuración del sistema de vigencias futuras. López ha señalado que su responsabilidad será crear el espacio financiero necesario para incluir vigencias futuras para estos proyectos.

Al tratarse de asuntos presupuestales, el gobierno tendría la necesidad de tramitar una iniciativa legislativa, modificando aspectos de leyes orgánicas sobre presupuesto y leyes ordinarias que regulan la materia (Ley 1508 de 2012); eso sí, sin afectar los compromisos de este tipo ya asumidos. Nótese, por ejemplo, que la Ley 2294 de 2023⁹ se refirió a la destinación de vigencias futuras para nuevos proyectos de Sistemas de Transporte Público de Pasajeros, garantizando con ello el respeto a lo acordado en torno a los desembolsos de aportes a cargo del estado.

9. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022- 2026

En su intervención ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en Nueva York el pasado mes de julio, el presidente anunció su intención de solicitar al Congreso la modificación de estas vigencias futuras mediante el mecanismo de 'fasttrack'.

Sus menciones no fueron muy claras en torno a si se modificarán aspectos ya acordados en los contratos actuales o solo se referirá para la ejecución de nuevos proyectos, por lo que, se reitera, es necesario vigilar muy de cerca las iniciativas legislativas que, desde cualquier ente o sector, se radiquen en el Congreso, ya sea en los trámites de la ley anual de presupuesto o de la reforma tributaria recientemente radicada por citar algunas.

Asimismo, durante la posesión de los nuevos ministros de Educación y Vivienda el pasado 23 de julio, nuevamente el presidente Petro enfatizó la importancia de modificar las vigencias futuras para priorizar la cobertura de agua potable. Según el presidente, la anterior ministra de Vivienda, Catalina Velasco, estimó en \$100 billones el costo para garantizar el acceso universal al agua potable y saneamiento básico en Colombia.

El presidente Petro argumentó que, si estos recursos estuvieran disponibles en un solo año, se podría resolver de manera integral el problema del agua en el país. Sin embargo, observó que en los últimos 10 a 15 años se ha invertido una cantidad similar en autopistas 4G con peajes, beneficiando principalmente a concesionarios privados.



3. Consideraciones de cara a las financiaciones de proyectos

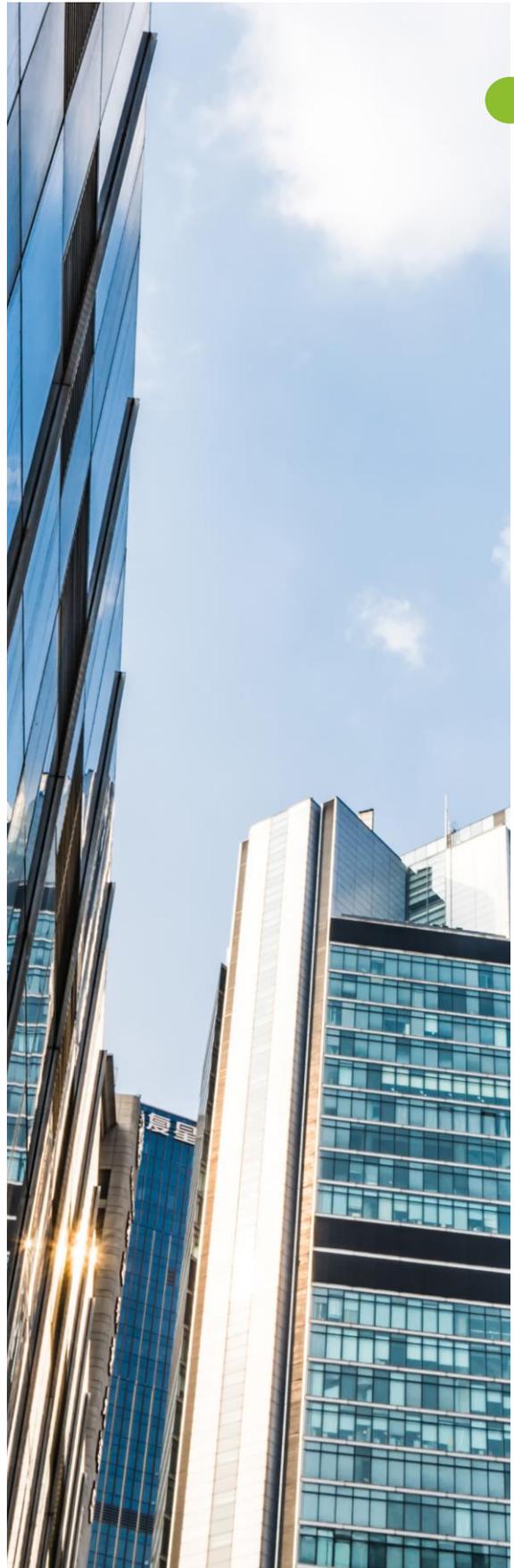
Un aspecto adicional que se debe considerar son los posibles impactos a las financiaciones de proyecto que obtuvieron los distintos concesionarios para el desarrollo de las concesiones viales.

Las vigencias presupuestales futuras, (entendidas, básicamente, como aquellas erogaciones que el estado compromete frente a la ejecución de proyectos cuya ejecución superan de un año), sirven de sustento para la celebración del respectivo negocio jurídico. Por lo tanto, gozan de protección que finalmente repercute en la credibilidad de los privados

Así mismo, es usual que las financiaciones de proyecto prevean que los incumplimientos de la ANI bajo el contrato de concesión sean a su vez un evento de incumplimiento bajo los respectivos contratos de crédito. Si una modificación a la estructura tarifaria o a las obligaciones de aporte estatales se realiza de forma que tenga como consecuencia un incumplimiento de la ANI bajo los contratos de concesión, esto podría generar incumplimientos bajo los documentos de la financiación, lo cual eventualmente podría conducir a la suspensión de desembolsos futuros o incluso a la aceleración de los respectivos créditos, lo cual dificultaría la terminación de los proyectos en ejecución y pondría en riesgo la continuación de aquellos que ya se encuentren en operación.

4. Facultad contractual de la ANI como entidad concedente para modificar unilateralmente los contratos de concesión con desembolso de recursos públicos:

En atención a la normativa aplicable, los desembolsos de recursos públicos en los proyectos de asociación pública privada se materializan a través de las transferencias presupuestales que hacen las entidades concedentes con cargo al presupuesto general de la Nación, de las entidades territoriales o de otros fondos públicos, según corresponda. Específicamente, en el caso de la ANI, de conformidad con los contratos de concesión, estas transferencias se conocen como los aportes ANI (los “Aportes ANI”)





y consisten en aquellos montos correspondientes al perfil de aportes anuales del Presupuesto General de la Nación, solicitados por el concesionario en su oferta.

Estos recursos deben ser aportados en los términos, montos y plazos establecidos en la parte especial de los respectivos contratos. Por regla general, este documento contractual incluye una sección que determina de manera expresa los valores correspondientes a los Aportes ANI, al igual que las fechas máximas de desembolso para cada uno de ellos. Usualmente, se exige que estos recursos se consignen en la subcuenta Aportes ANI del patrimonio autónomo del proyecto, a más tardar en diciembre de cada una de las vigencias presupuestales para cada unidad funcional. La obligación de la ANI de efectuar los Aportes ANI únicamente se entiende cumplida en la fecha de ingreso de los recursos en la subcuenta correspondiente, por lo que corresponde solamente a ella, como parte del contrato de concesión, asegurarse de adelantar todos los trámites presupuestales que le son aplicables para cumplir con los plazos contractuales a su cargo.

Como se evidencia, las transferencias de los Aportes ANI a los patrimonios autónomos de los proyectos con cargo a los recursos de las vigencias futuras autorizadas constituyen una obligación contractual en cabeza de la entidad concedente. En

consecuencia, cualquier variación de los términos, montos y plazos expresamente establecidos constituiría una modificación contractual. Modificación que, en principio, puede ser el resultado del mutuo acuerdo de las partes o por la decisión unilateral de la ANI.

Ahora bien, aunque normativa y contractualmente la ANI cuenta con la facultad de modificar unilateralmente los contratos de concesión como un medio para dirigir, controlar y vigilar la ejecución de estos, esta potestad no es ilimitada¹⁰. Es así que, la modificación unilateral de un contrato únicamente procede cuando así sea necesario para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se pretenda satisfacer con el contrato, y solamente en caso de que las partes no hayan podido llegar previamente a un acuerdo.



En ese orden:

- ❖ Cualquier variación de los términos, montos y plazos de la obligación de la entidad concedente de realizar aportes a su cargo, constituiría un incumplimiento contractual.
- ❖ Específicamente, una modificación unilateral del contrato por medio de un acto administrativo de la ANI supondría que el mismo habría sido expedido sin competencia, dando al concesionario afectado la facultad de demandar la nulidad de este acto y exigir el restablecimiento del derecho.
- ❖ La única forma que la ANI tiene para modificar los términos, montos y plazos de los aportes de vigencias futuras que tiene a su cargo, sin incurrir en un incumplimiento, corresponde a alcanzar un acuerdo con cada uno de los concesionarios de los contratos en los que planea incluir estas variaciones contractuales. Lo anterior, sin descuidar, la opinión que puedan tener los financiadores con respecto a este tema. De ese modo, el entendimiento suscrito recientemente con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público para liberar recursos de vigencias futuras en proyectos que no avanzan por razones de fuerza mayor¹¹ constituye un primer paso en este sentido.

10, Artículos 14 y 16 de la Ley 80 de 1993 "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

11, La República. "Privados respaldan iniciativa del Gobierno para liberar vigencias futuras de megaobras". 20 de septiembre de 2024. Ver enlace: <https://www.larepublica.co/economia/privados-respaldan-iniciativa-del-gobierno-para-liberar-vigencias-futuras-de-megaobras-3957831>



5. Protección a la inversión extranjera – arbitraje de inversión

A través de un arbitraje de inversión, inversionistas extranjeros pueden presentar un reclamo contra Colombia directamente y ante un foro neutral, por violaciones a tratados de protección de inversión. Este foro de resolución de disputas se trata de un arbitraje internacional y es distinto e independiente de aquel pactado en un contrato con una entidad del estado.

Allí, los inversionistas extranjeros pueden reclamar una indemnización por conductas del estado tales como expropiaciones ilegales, trato arbitrario o discriminatorio, falta de protección legal o policial o trato injusto o inequitativo¹².

Los estándares de protección de inversión no protegen solamente respecto a conductas de la entidad estatal parte del contrato (como lo sería la ANI, por ejemplo). También protegen al inversionista y su inversión por cualquier conducta de otras ramas del poder público, o funcionarios públicos del orden central o local. Incluso, una serie de conductas o medidas tomadas por varias entidades, como lo serían la Presidencia de la República, un ministerio y la ANI—en conjunto— podrían conformar una violación a un tratado de inversión.

Medidas tomadas por la ANI o por el Estado que causen un déficit financiero en la concesión, o que hagan inviable la continuación de la concesión,

12. Aun cuando la mayoría de los estándares de protección a la inversión tienen una redacción similar, el alcance concreto de cada uno de ellos depende de los términos concretos en que ha sido consignado en el tratado aplicable. La prohibición a la expropiación ilegal se refiere al despojo de los derechos del inversionista sobre una propiedad. Puede haber una expropiación directa, por la transferencia del título de la propiedad de activos que constituyen la inversión o por su incautación física, ambos de manera ilegal. También puede haber una expropiación indirecta, cuando se priva de manera significativa al inversionista de su derecho a administrar, usar, controlar u obtener beneficios de su inversión. En una expropiación indirecta, el inversionista no obtiene los beneficios económicos de su inversión, aun cuando mantiene el título sobre estos activos. Puede haber una falta al trato justo y equitativo con distintos tipos de conducta, tales como, violación del debido proceso, denegación de justicia, frustración de las expectativas legítimas del inversionista, coerción o acoso, trato arbitrario o discriminatorio o conducta de mala fe. El estándar de plena protección y seguridad exige protección física o policial del Estado a favor del inversionista extranjero y de su inversión, tanto respecto a conducta del propio Estado, como conducta de terceros o privados. En ciertos casos, se ha llegado a interpretar que este estándar incluye la protección y seguridad 'legal', esto es, el acceso a recursos judiciales efectivos. El nivel mínimo de trato es el mínimo exigible de trato que deben dar los Estados a los inversionistas extranjeros. Cada tratado incluye referencias a qué se debe entender como el nivel mínimo de trato, o qué se considera que compone ese nivel mínimo de trato. El trato nacional consiste en ofrecer a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones un trato no menos favorable del que se ofrece a los inversionistas nacionales y sus inversiones. Se trata de una protección para que no se dé un trato desigual a un inversionista, en comparación con un nacional colombiano. El trato de nación más favorecida es el compromiso de no someter a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones a un trato menos favorable que aquel que ofrecen a los inversionistas de otros Estados. En este caso, se protege a un inversionista extranjero respecto a un trato desigual en comparación con otro inversionista.

o que hagan inviable la continuación de la concesión podrían ser consideradas una expropiación ilegal. Adicionalmente, se debe tener en cuenta la razonabilidad de las medidas y la manera como se adoptaron, junto con el contexto de otras conductas del Estado que afecten la inversión, para determinar si implican violaciones a otras protecciones, como el trato justo y equitativo o el nivel mínimo de trato.

En todo caso, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:

- ❖ Para poder decidir sobre el fondo de las reclamaciones que surgen bajo un tratado de inversión, el tribunal arbitral debe tener jurisdicción, las reclamaciones deben ser admisibles y se debe cumplir con cualquier condición de consentimiento allí incluida. Cada tratado incluye requisitos distintos que deben ser estudiados caso a caso.
- ❖ La controversia no puede ser meramente contractual; para esto se debe acudir al foro de resolución de controversias pactado en el contrato.
- ❖ La mayoría de los tratados de inversión exigen que el inversionista inicie el arbitraje en un periodo determinado. Usualmente, el término con que cuenta el inversionista para presentar una reclamación o iniciar un arbitraje comienza a contar a partir del momento en que conoce o ha debido conocer de la violación del tratado, y que conoce o ha debido conocer las pérdidas o daños sufridos por tal violación. Por lo tanto, es importante tener presente este plazo y no esperar indefinidamente a que la situación se agrave.

Contacto

Cristina Vásquez

Socia de Infraestructura y Derecho Público

cristina.vasquez@phrlegal.com