

UNA INTERVENCIÓN NO ES UNA EXPROPIACIÓN

Amylkar D. Acosta M¹

En un país en el que estamos acostumbrados a que el Estado pierda todos sus pleitos, es noticia relevante su resonante triunfo en un tribunal internacional, ante el cual interpuso la empresa española Gas Natural Fenosa (GNF, hoy NATURGY), controlante de la execrada ELECTRICARIBE, una *controversia* y cuya pretensión era la de recibir una indemnización de casi \$5 billones por una supuesta “expropiación” de la cual había sido objeto la operadora de red del Caribe colombiano.

La historia es esta: a raíz del pésimo servicio que venía prestando desde tiempo atrás ELECTRICARIBE a sus usuarios, incumpliendo lo que dispone la Ley de servicios públicos, al no hacerlo con la eficiencia, calidad y desde luego continuidad requeridas, pero sobre todo ante la inminencia de la cesación de pagos a sus acreedores y a los generadores a la que estaba abocada y el consiguiente apagón, fue menester su intervención y toma de posesión por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos, la cual se hizo efectiva el 15 de noviembre de 2016. Su situación financiera estaba tan comprometida que según Deloitte, Auditora externa de ELECTRICARIBE, esta estaba en un “*claro riesgo de inviabilidad financiera*”. Su situación, entonces, no daba más espera².

La reacción de GNF, matriz de ELECTRICARIBE, no se hizo esperar y a mediados de julio del mismo año manifestó su contrariedad por dicha decisión y “notificó formalmente”³ al Estado colombiano de la “existencia de una *controversia*”⁴ que estaría dispuesta a llevarla hasta los estrados judiciales. Para ello se escudaron en el *Tratado bilateral de inversión entre el Reino de España y la República de Colombia* firmado en marzo de 2005, el cual entró en vigor en septiembre de 2007. En actitud desafiante e intimidatoria GNF manifestó que “la protección a los inversionistas es condición indispensable para que recursos del exterior continúen llegando”⁵. Un vulgar chantaje!

Al no haberse llegado a un entendimiento que pudiera sortear dicha controversia mediante el *arreglo directo* entre las partes, GNF procedió a interponer una demanda, temeraria por lo demás, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversión (Ciadi), organismo este dependiente del Banco

¹ Miembro de Número de la ACCE

² Amylkar D. Acosta M. Una bomba de tiempo. Diciembre, 18 de 2016

³ www.efe.com. Agosto, 9 de 2016

⁴ Idem

⁵ Portafolio. Agosto, 9 de 2016

Mundial y con sede en Washington el 15 de junio de 2018. Alegaron ante este tribunal que, además de la “ausencia de trato equitativo y de seguridad jurídica en la actividad regulada en los últimos tiempos”⁶, una supuesta “expropiación gota a gota”⁷ por parte del Estado al intervenir a ELECTRICARIBE y tomar posesión de la misma. Y, en el colmo de su avilantez, después de todo el daño infligido a sus usuarios y al país tuvieron la osadía de reclamar una indemnización. Como quien dice, le quedamos a deber, mucha pechuga!

El entonces Ministro de Minas y Energía Germán Arce le salió al paso a la avanzada ibérica contra el interés de la Nación y les habló claro: “*una intervención no es una expropiación*, es el resultado de un incumplimiento de una prestación de servicio”⁸. Por su parte el Superintendente de Servicios José Miguel Mendoza no se quedó atrás, no se arrugó y les dijo enfáticamente que “aquí no ha habido *expropiación* de ninguna índole”⁹. Y añadió, en forma tajante, “la *intervención* es una figura reconocida internacionalmente... existe también en España y se ha usado en casos tan importantes como el de la Caja Castilla”¹⁰. Y fue más lejos, al dejar claramente establecido que “estamos tranquilos con la decisión de *intervenir y liquidar* a la compañía porque todo se hizo con argumentos técnicos, con estudios bastante serios. En segundo lugar, el Estado colombiano no puede dejar de cumplir la ley, especialmente la *ley de servicios públicos*, ante la amenaza de demanda”¹¹.

Con lo que no contaba NATURGY es que las cosas cambiaron en Colombia desde que en el año 2011 se creó la *Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Estado*, mediante el artículo 5º de la Ley 1444 de 2011, con el firme propósito de fortalecer las competencias litigiosas públicas, sobre todo en el ámbito internacional. Desde entonces la Nación dejó de ser el paganine de siempre, dada la débil defensa de sus intereses frente a sus demandantes, que siempre llevaban las de ganar. Por lo demás, como parte de su estrategia en este litigio, su Director Camilo Gómez Alzate instauró, sin éxito por improcedente, una contrademanda contra GNF ante el mismo tribunal por un monto de \$1.7 billones. Cifra esta que correspondía a los recursos que “Colombia ha tenido que canalizar a ELECTRICARIBE durante la intervención para asegurar la prestación del servicio de energía eléctrica en la región Caribe”¹² y mantener a flote la empresa.

⁶ La República. Marzo, 22 de 2017

⁷ Caracol-radio. Marzo, 14 de 2017

⁸ Semana. Septiembre, 28 de 2016

⁹ El Tiempo. Marzo, 14 de 2017

¹⁰ Legis. Abril, 28 de 2017

¹¹ El Tiempo. Marzo, 22 de 2017

¹² Valora Analitik. Diciembre, 17 de 2019

En el Laudo del Ciadi “se desestimaron las reclamaciones de las demandantes relativas a las violaciones del *Tratado*” de protección de inversiones entre España y Colombia. Se dice en el mismo que “el Estado no actuó de manera arbitraria o desproporcionada” al intervenir a ELECTRICARIBE. Es más, “el tribunal concluye que *la intervención fue una medida adecuada e idónea en las circunstancias que prevalecían el 14 de noviembre de 2016*”. Se trataba, nada más ni nada menos, de “evitar un posible ‘riesgo sistémico’ en el mercado de la energía, así como la incapacidad de la compañía para prestar el servicio de electricidad con la calidad y confiabilidad requeridas por la Ley”. Además, denegó el argumento esgrimido por GNF de la presunta *expropiación*, al advertir que “la privación de los derechos de un inversionista en su inversión que lleve a cabo un Estado como resultado de un ejercicio válido del poder regulatorio *no se considerará una expropiación indemnizable*”. Así fué de contundente el Laudo del Ciadi.

En medio de los avatares y el suplicio que le ha significado al país la pandemia del COVID- 19 y las aulagas fiscales que afronta el Gobierno por el mayor gasto que demandan las medidas de apoyo a las empresas, la protección del empleo y las medidas de protección social, concomitante con los menores ingresos a consecuencia de la recesión económica en el 2020, que se ha traducido en un nivel de endeudamiento inusitado e insostenible superior al 60% del PIB, esta noticia se recibe como un bálsamo de alivio. Con este Laudo arbitral a favor de la Nación queda cerrado este capítulo ominoso de la trapisonda de Naturgas y de paso despeja el camino para que la liquidación de ELECTRICARIBE llegue a buen puerto.

Santa Marta, marzo 12 de 2021
www.amylkaracosta.net