

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

Red Eagle Exploration Limited

c.

República de Colombia

(Caso CIADI No. ARB/18/12)

DECISIÓN SOBRE BIFURCACIÓN

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda, Presidente del Tribunal

Sr. José A. Martínez de Hoz, Árbitro

Prof. Philippe Sands, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Catherine Kettlewell

3 de agosto de 2020

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de Red Eagle Exploration
Inc.:*

Red Eagle Exploration Limited

Sr. Jonathan C. Hamilton
Sra. Silvia Marchili
Sr. Damian Nyer
White & Case LLP
701 Thirteenth Street N.W.
Washington, D.C. 20005

*En representación de la República de
Colombia:*

República de Colombia

Sr. Camilo Gómez Alzate
Sra. Ana María Ordoñez Puentes
Sr. Giovanni Vega-Barbosa
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado
Carrera 7 No. 75-66
2do y 3er pisos Bogotá, D C.
Colombia

y

Sr. Fernando Mantilla-Serrano
Sr. John Adam
Sr. Diego Romero
Sra. Paloma Garcia-Guerra
Latham & Watkins LLP
45, rue Saint-Dominique
75007 París
Francia

y

Sr. Charles Claypoole
Sr. Samuel Pape
Latham & Watkins LLP
99 Bishopsgate
Londres, Gran Londres EC2M 3XF
Reino Unido

y

Sra. Claudia T. Salomon
Latham & Watkins LLP
885 Third Avenue
Nueva York, NY 10022
Estados Unidos de América

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN.....	1
II. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES.....	2
A. La Posición de la Demandada	2
B. La Posición de la Demandante	5
III. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL	9
A. Observaciones preliminares	9
B. Las normas y estándares aplicables.....	10
C. Las Excepciones de la Demandada	12
a) El supuesto incumplimiento de las condiciones precedentes del ALC por parte de Red Eagle	12
(i) Falta de motivación jurídica y fáctica de sus reclamaciones	12
(ii) Incumplimiento de los plazos obligatorios	14
b) Las reclamaciones se encuentran fuera de la jurisdicción <i>ratione temporis</i> del Tribunal ...	15
c) Colombia denegó los beneficios del ALC a la Demandante	17
D. Bifurcación del fondo en responsabilidad y cuantificación	18
IV. COSTOS.....	18
V. DECISIÓN	18

I. INTRODUCCIÓN

1. El 21 de marzo de 2018, Red Eagle Exploration Limited (“**Red Eagle**” o la “**Demandante**”), presentó una Solicitud de Arbitraje (“**SdA**”) contra la República de Colombia (“**Colombia**” o la “**Demandada**”) de conformidad con el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y la República de Colombia (“**ALC**” o “**Tratado**”). El Tribunal se constituyó el 19 de abril de 2019. La Resolución Procesal No. 1 se emitió el 12 de diciembre de 2019 (la “**RP1**”). El 16 de diciembre de 2019, se emitió una decisión sobre las excepciones preliminares de la Demandada de conformidad con la Regla 41(5) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.
2. El 28 de enero de 2020, se suspendió el procedimiento por falta de pago de los adelantos exigidos de conformidad con la Regla 14(3)(d) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI. Se reanudó el procedimiento el 6 de febrero de 2020, luego del pago de los adelantos requeridos.
3. El 6 de abril de 2020 se transmitió a las Partes el Anexo B de la Resolución Procesal No. 1 enmendado tras el acuerdo de las Partes respecto de una prórroga para la presentación de sus escritos.
4. De conformidad con el calendario procesal enmendado, la Demandante presentó su Memorial sobre el Fondo el 16 de mayo de 2020, conjuntamente con los Apéndices A a C, los Índices de los Anexos Documentales y las Autoridades Legales, la Declaración Testimonial de Ana Milena Vásquez con los Apéndices A y B, el Informe Pericial de Kiran Sequeira con los Apéndices A a C.5 y los Anexos VP-01 a VP-52, el Dictamen Jurídico de Adriana Martínez Villegas con los Apéndices A y B, los Anexos Documentales C-0001 a C-0814 y las Autoridades Legales CL-001 a CL-0152 (el “**Memorial**”).
5. El 2 de junio de 2020, se transmitió a las Partes una Resolución Procesal No. 1 enmendada que plasmaba un cambio en la transmisión de las copias impresas de los escritos de las Partes.
6. El 16 de junio de 2020, la Demandada presentó una Solicitud de Bifurcación conjuntamente con los Índices de los Anexos Documentales y las Autoridades Legales, los Anexos Documentales R-009 a R-014; y las Autoridades Legales RL-0011 a RL-0039 (la “**Solicitud de Bifurcación**”).

7. El 16 de julio de 2020, la Demandante presentó sus Observaciones a la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, conjuntamente con un Índice de las Autoridades Legales y las Autoridades Legales CL-0153 a CL-0187 (las “**Observaciones de la Demandante sobre la Bifurcación**”).

II. LOS ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. La Posición de la Demandada

8. La Demandada explica en primer lugar que la Solicitud de Bifurcación “no pretende constituir una reseña exhaustiva de las excepciones sobre jurisdicción y admisibilidad de Colombia y, como tal, por ejemplo, no incluye su excepción a la jurisdicción relacionada con la terminación del procedimiento conforme a la Regla 45 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que será presentada nuevamente en la fase jurisdiccional pertinente del presente arbitraje. La Demandada se reserva todos los derechos, con inclusión del derecho a presentar las excepciones sobre jurisdicción o admisibilidad adicionales que considerare pertinentes”¹. [Traducción del Tribunal]
9. Sobre la base del Artículo 41(2) del Convenio del CIADI, la Regla 41(1), (3) y (4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI y el Artículo 829 del ALC, y la vasta jurisprudencia, la Demandada afirma que no cabe duda alguna de que el Tribunal tiene la facultad de bifurcar el procedimiento para pronunciarse sobre las excepciones sobre jurisdicción o admisibilidad como una cuestión preliminar y separada de las cuestiones de fondo de la disputa.
10. La Demandada se refiere con aprobación al método de análisis extraído de la práctica de los tribunales para decidir si debería bifurcarse un procedimiento, concretamente, “si las excepciones sobre jurisdicción en cuestión (i) resultaban *prima facie* graves y sustanciales, (ii) podrían analizarse sin prejuzgar ni abordar el fondo de la cuestión, y (iii) si, en caso de prosperar, resolverían la totalidad o una parte esencial de las reclamaciones”². Además, la Demandada aduce que en el supuesto de que el Tribunal determine que “una excepción jurisdiccional justifica la bifurcación, podrá considerar pertinente decidir todas las

¹ Solicitud de Bifurcación, párr. 2.

² *Id.*, párr. 14.

excepciones jurisdiccionales restantes también en la etapa jurisdiccional bifurcada”³.
[Traducción del Tribunal]

11. La Demandada plantea tres excepciones jurisdiccionales. En primer lugar, la Demandada afirma que la Demandante no había cumplido con las condiciones precedentes del ALC para acceder al arbitraje. La Demandada explica que, según el Artículo 821 del ALC, el incumplimiento de alguna de las condiciones precedentes anula el consentimiento de la Demandada al arbitraje. La Demandada argumenta que la diferencia sometida a arbitraje se refiere a una serie de medidas diferentes de aquellas descritas en la Notificación de Intención. Por lo tanto, no cumple con el requisito del Artículo 821(2)(c) de especificar las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación, incluyendo las medidas en cuestión.
12. La Demandada aduce además que la Demandante no ha cumplido con las restricciones temporales obligatorias del ALC. El Artículo 821(2)(e)(i) del ALC exige que no deberían haber transcurrido más de 39 meses desde la fecha en la que el inversionista tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación y de la pérdida o daño en que ha incurrido. Según la Demandada, la fecha de corte crítica es el 21 de diciembre de 2014 (“**Fecha de Corte**”), más de 39 meses antes del 21 de marzo de 2018, cuando la Secretaria General del CIADI recibió la SdA de la Demandante. La Demandada describe las medidas relevantes que dictó para las actividades mineras de la Demandante en los páramos mucho tiempo antes de esa fecha. En particular, hace alusión a la Ley 1382 promulgada en el mes de febrero de 2010 que introdujo una restricción general a la actividad minera en los ecosistemas del páramo, con inclusión del Páramo Santurbán (“**PS**”). La Demandada sostiene que, aunque el Artículo 3 de la Ley 1382 eximía a los proyectos en etapa de explotación con un título minero válido y licencia ambiental emitida con anterioridad al 9 de febrero de 2010, la Demandante no se benefició del régimen transitorio en tanto no obtuvo una licencia ambiental con anterioridad a esa fecha.
13. La Demandada aduce que esta excepción (i) es grave, ya que la falta de cumplimiento de las condiciones precedentes al arbitraje anula el consentimiento, (ii) se refiere a un conjunto de hechos aislados que pueden analizarse sin prejuzgar sobre el fondo, y (iii) puede resolver el caso en su totalidad.

³ *Id.*, párr. 17.

14. La segunda excepción planteada por la Demandada constituye una excepción *ratione temporis* con base en el Artículo 801(2) del ALC. Este artículo dispone que “las disposiciones de este Capítulo [Ocho] no obligan a una Parte en relación con cualquier acto o hecho que tuvo lugar o cualquier situación que haya dejado de existir antes de la entrada en vigor de este Acuerdo”. La Demandada observa que el ALC entró en vigor el 15 de agosto de 2011 y afirma que la restricción a la actividad minera en los ecosistemas del páramo se estableció antes de esa fecha mediante legislación de fechas febrero de 2010, mayo de 2011 y junio de 2011. La Demandada afirma que “las medidas impugnadas por la Demandante constituyen solamente los ‘efectos continuos y permanentes’ de la restricción a la actividad minera en los ecosistemas de páramo”⁴ promulgadas antes del 15 de agosto de 2011. [Traducción del Tribunal]
15. Según la Demandada, esta excepción cumple los requisitos de (i) gravedad, (ii) puede ser analizada sin prejuzgar sobre el fondo ya que solo exige que el Tribunal evalúe si la disputa existía con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del ALC, y (iii) puede resolver la reclamación en su totalidad.
16. La tercera excepción de la Demandada se refiere a la denegación de beneficios a la Demandante. La Demandada observa que, conforme el Artículo 814(2) del ALC, una Parte podrá denegar beneficios a un inversionista o a su inversión si el inversionista o su inversión es propiedad o se encuentra bajo el control de nacionales de un país que no es Parte del Tratado y el inversionista no tiene actividades económicas sustanciales en el territorio de la Parte bajo cuyas leyes se constituye. La Demandada explica que, el 19 de abril de 2018, denegó los beneficios del Capítulo Ocho del ALC a Red Eagle debido a que es de propiedad y se encuentra bajo el control de inversionistas de un país que no es Parte del ALC y a que Red Eagle no tiene actividades económicas sustanciales en Canadá.
17. La Demandada arguye que “los requisitos de control y propiedad deben evaluarse por referencia a la propiedad y control finales de Red Eagle, y no a su propiedad nominal”⁵ [Traducción del Tribunal]. Según la Demandada, Red Eagle opera exclusivamente en Colombia y no tiene actividades económicas sustanciales en Canadá.

⁴ *Id.*, párr. 54.

⁵ *Id.*, párr. 63.

18. La Demandada afirma que la excepción es grave ya que existen pruebas confiables de que la Demandante es de propiedad y se encuentra bajo el control de nacionales que no son canadienses y que no tiene actividades económicas sustanciales en Canadá. Se trata de un escenario fáctico aislado completamente independiente del fondo de la diferencia que puede analizarse sin prejuzgarlo. También puede resolver el caso en su totalidad ya que los beneficios denegados incluyen la posibilidad de someter la disputa a arbitraje.
19. Asimismo, la Demandada argumenta que también debería bifurcarse el fondo en las fases de responsabilidad y cuantificación de daños. Según la Demandada, “[d]ebido al complejo patrón fáctico arraigado en las reclamaciones en materia de daños y a la abundante información necesaria para evaluarlas, resulta imposible en esta instancia calcular de manera precisa el monto de la indemnización por daños de Red Eagle”⁶. La Demandada afirma que “en aras de la eficiencia y la economía judicial convendría aguardar la decisión sobre responsabilidad del Tribunal antes de proceder a la etapa de cuantificación de daños”⁷. [Traducción del Tribunal]
20. En concepto de reparación, la Demandada solicita que “el Tribunal de Arbitraje bifurque el presente procedimiento y trate las excepciones jurisdiccionales de la República de Colombia en una fase preliminar, y/o bifurque el fondo en las fases de responsabilidad y cuantificación de daños”⁸. [Traducción del Tribunal]

B. La Posición de la Demandante

21. La Demandante controvierte que exista una presunción de bifurcación y que las excepciones preliminares deban decidirse como una cuestión preliminar en un procedimiento bifurcado. De hecho, la tendencia en las Reglas de Arbitraje del CIADI y otras reglas indica una evolución en sentido contrario a la bifurcación.
22. La Demandante coincide en que el otorgamiento de la bifurcación se encuentra sujeto a una prueba de tres partes que consta de los siguientes factores: (i) la gravedad y sustancia de las excepciones, (ii) la determinación de si las excepciones se pueden decidir sin prejuzgar sobre

⁶ *Id.*, párr. 73.

⁷ *Id.*, párr. 73.

⁸ *Id.*, párr. 75.

- el fondo del caso, y (iii) la determinación de si las excepciones, en el supuesto de que se decidan en favor de la Demandada, resolverían la totalidad o una parte sustancial de las reclamaciones planteadas.
23. La Demandante afirma que el primer factor exige un umbral más elevado que el no ser frívolas. El segundo factor exige que los hechos subyacentes a la excepción “sean distintos de aquellos involucrados en la determinación del fondo de la reclamación” y las cuestiones jurídicas planteadas “es probable que sean separadas y distintas de aquellas que surjan en el fondo”⁹ [Traducción del Tribunal]. El tercer factor requiere que una parte esencial de las reclamaciones o una porción sustancial de ellas se resuelvan en la fase jurisdiccional.
24. La Demandante agrega que, al aplicar estos factores, los tribunales se han regido por los principios de equidad y eficiencia procesal, y que el Tribunal debería ponderar los beneficios de aplicar estos principios frente al riesgo de demora, gastos inútiles y perjuicio. Conforme la opinión de la Demandante, la Demandada “presenta una caracterización errónea del umbral necesario para cumplir el estándar y, curiosamente, preconiza una interpretación de los diversos factores que ya han sido rechazados en otros casos al amparo del Tratado”¹⁰. [Traducción del Tribunal]
25. La Demandante afirma que le corresponde a la Demandada la carga de demostrar la necesidad de bifurcación. Resulta necesario que cada excepción se decida *prima facie* sobre la base de las alegaciones de la Demandante, y “la bifurcación de una excepción no necesariamente inclina la balanza en favor de bifurcar otras excepciones que de otro modo no justificarían la bifurcación”¹¹. [Traducción del Tribunal]
26. La Demandante aborda cada una de estas excepciones. La primera excepción se refiere a la Notificación de Intención; con dos componentes, la presunta insuficiencia de la Notificación y la afirmación de que las reclamaciones se encuentran restringidas por el período de caducidad de 39 meses del Tratado. La Demandante argumenta que la “Demandada no ha identificado ninguna disposición del Tratado que exija que una demandante deba incluir en su notificación de intención la totalidad de los hechos y argumentos jurídicos que

⁹ Observaciones de la Demandante sobre la Bifurcación, párr.13, que cita *Mesa Power c. Canadá*, Caso CPA No. 2012-17, Orden Procesal No. 2, 18 de marzo de 2013 (CL-182).

¹⁰ Observaciones de la Demandante sobre la Bifurcación, párr. 15.

¹¹ *Id.*, párr. 17.

invocará”¹². En efecto, a juicio de la Demandante, el Tratado contempla la notificación de intención como un primer paso hacia la solicitud de arbitraje, el memorial, etc. La Demandante sostiene que la consideración de esta excepción se encuentra interrelacionada con el fondo en tanto “el Tribunal debería evaluar cada una de las medidas de la Demandada y la manera en la cual las medidas a las que se hace alusión en la Notificación se relacionan con los actos y omisiones ulteriores de la Demandada”¹³. Además, esta excepción no puede resolver el caso en su totalidad ya que “existe como mínimo, el consentimiento perfeccionado para las reclamaciones surgidas de las medidas que la Demandada admite que se encuentran detalladas en la Notificación de Intención”¹⁴. [Traducción del Tribunal]

27. En lo que respecta al cumplimiento del período de prescripción, la Demandante aduce que afirmar, tal como lo hace la Demandada, que una “excepción es *prima facie* grave y sustancial simplemente porque el Artículo 821 establece condiciones precedentes al consentimiento constituye una aplicación incorrecta del estándar jurídico”¹⁵. Además, “esta excepción exigiría que el Tribunal analice y se pronuncie sobre las medidas que afectaron la inversión de Red Eagle, cuándo se incurrió en la pérdida o daño, y cuándo la Demandante tuvo un grado razonable de certeza de ello con anterioridad a la fecha de corte, entre otras posibles cuestiones” [Traducción del Tribunal]¹⁶. Según la Demandante, la Demandada no explica de qué manera esto podría tratarse de una evaluación independiente. En cualquier caso y como mínimo, el consentimiento resultó perfeccionado respecto de reclamaciones que no se encuentran excluidas por el período de prescripción.
28. Al abordar la excepción de irretroactividad, la Demandante afirma que no cumple con el criterio de grave y sustancial ya que la Demandada ignora que “las reclamaciones de la Demandante se basan en su totalidad en acontecimientos posteriores a la entrada en vigor del Tratado, un hecho que la propia Demandada admite en algún otro lugar”¹⁷. La Demandante arguye que, “independientemente de la conducta anterior de la Demandada, que la Demandada ha caracterizado de manera errónea, se mantiene la posibilidad de que

¹² *Id.*, párr. 28.

¹³ *Id.*, párr. 31.

¹⁴ *Id.*, párr. 32.

¹⁵ *Id.*, párr. 37.

¹⁶ *Id.*, párr. 38.

¹⁷ *Id.*, párr. 43.

- sus actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del Tratado constituyan violaciones sujetas a la jurisdicción del Tribunal”¹⁸. [Traducción del Tribunal]
29. La Demandante sostiene que la consideración de esta excepción exigirá que el Tribunal determine cuestiones del fondo. Según la Demandante, “[a]un en el supuesto de que el Tribunal concluyera que la restricción a las actividades mineras en el *páramo* hayan surgido con anterioridad al Tratado, aún debería determinar, entre otras cosas, en qué momento dicha restricción resultó aplicable a la inversión de la Demandante y si las acciones de la Demandada constituyeron violaciones independientes del Tratado”¹⁹. [Traducción del Tribunal]
30. La Demandante observa que los argumentos de la Demandada parecen centrarse únicamente en la reclamación de expropiación con arreglo al Artículo 811 del Tratado, y hace notar su reclamación adicional de que la Demandada no le otorgó un trato justo y equitativo en violación del Artículo 805. Esta reclamación “abarca una serie de acciones por parte de la Demandada que van más allá de impedir las actividades mineras”²⁰. [Traducción del Tribunal]
31. A continuación, la Demandante niega que la tercera excepción sea grave o sustantiva. La Demandante reafirma que le corresponde a la Demandada la carga de establecer la base fáctica exigida más allá de las afirmaciones de que no existen pruebas confiables en el Memorial de la Demandante. La Demandante afirma que “[l]as alegaciones vagas e infundadas no son suficientes para justificar la bifurcación”²¹ [Traducción del Tribunal]. Asimismo, la Demandada comunicó su supuesta denegación de beneficios después de que la Demandante hubiera sometido sus reclamaciones a arbitraje. La Demandante recuerda que, con arreglo al Artículo 25 del Convenio del CIADI, el consentimiento dado no podrá ser retirado.
32. Por último, la Demandante aborda la solicitud de bifurcación del fondo en las fases de responsabilidad y cuantificación de daños. La Demandante observa que se trata de una nueva solicitud que no fue planteada por la Demandada en los comentarios conjuntos sobre el

¹⁸ *Id.*, párr. 45.

¹⁹ *Id.*, párr. 46.

²⁰ *Id.*, párr. 47.

²¹ *Id.*, párr. 52.

borrador de la Resolución Procesal No.1, ni en la consulta procesal con el Tribunal. Además, esta solicitud es inconsistente con los escenarios procesales contemplados en esa resolución. A juicio de la Demandante, si se bifurcara la etapa de fondo el caso se tornaría innecesariamente prolongado e ineficiente.

33. La Demandante aduce que la Demandada no proporciona fundamentos para su afirmación de que el cálculo de daños es imposible o que el cálculo de la Demandante es insuficiente. La Demandante refuta la afirmación de la Demandada de que el cálculo será “complejo y costoso” ya que la reclamación de reparación íntegra en el presente caso se compone de los costos hundidos (“*sunk costs*”) de la Demandante, más intereses, los cuales pueden determinarse sobre la base de los estados contables auditados de la Demandante.
34. La Demandante concluye que no existe justificación alguna para bifurcar la etapa de fondo y que la solicitud de dividir esa fase demuestra que la “verdadera preocupación de la Demandada es demorar la resolución del presente caso y dilatar el procedimiento lo máximo posible. Esto resulta contrario a la eficiencia que la bifurcación pretende servir”²². [Traducción del Tribunal]
35. La Demandante ha solicitado que el Tribunal rechace la Solicitud de Bifurcación y ordene a la Demandada que sufrague la totalidad de los costos en los que incurrió la Demandante en relación con la Solicitud de Bifurcación.

III. EL ANÁLISIS DEL TRIBUNAL

A. Observaciones preliminares

36. El Tribunal ha analizado y considerado detenidamente todos los argumentos presentados por las Partes. El hecho de que esta decisión no haga referencia expresa a todos ellos, no significa que tales argumentos no se hayan examinado o tomado en consideración. Asimismo, el Tribunal estima prudente señalar que, en esta etapa del procedimiento, cualquier decisión a favor o en contra de la bifurcación se basará necesariamente en un análisis preliminar de todas las reclamaciones y excepciones con respecto a su jurisdicción. La decisión sobre

²² *Id.*, párr. 59. La Demandante hace referencia a la Solicitud de Bifurcación, párr. 51.

bifurcación del Tribunal no refleja sus puntos de vista sobre el fondo de las excepciones a la jurisdicción o sobre las cuestiones de fondo propias de la controversia .

B. Las normas y estándares aplicables

37. El Artículo 829 del Tratado dispone:

1. El Tribunal tendrá la facultad de pronunciarse sobre las objeciones preliminares sobre jurisdicción y admisibilidad.

2. Cualquier objeción preliminar relativa a que la controversia no deba ser admitida o registrada, a que la misma no se encuentre dentro de la jurisdicción del Tribunal o que, por otras razones, no sea de la competencia del Tribunal, se hará de conformidad con las reglas de arbitraje aplicables tan pronto como sea posible.

38. A los efectos del Artículo 829 del Tratado, resultan aplicables las Reglas de Arbitraje del CIADI. La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI sobre Excepciones preliminares establece, en la parte pertinente, que:

En cuanto se oponga formalmente una excepción relativa a la diferencia, el Tribunal podrá decidir suspender el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción²³.

39. El Tribunal “[p]odrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiere rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales”²⁴.

40. De conformidad con la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Tribunal tiene discreción para bifurcar o no, según las circunstancias del caso específico. El Tribunal *podrá* bifurcar un procedimiento para resolver una excepción preliminar. La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI no establece una presunción a favor o en contra de la bifurcación. La Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del CIADI guarda silencio sobre las circunstancias, los

²³ Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

²⁴ Regla 41(4) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

criterios o los factores que puede tener en cuenta el Tribunal al considerar las excepciones a su jurisdicción.

41. En esencia, las Partes concuerdan en que, para que se justifique la bifurcación, la excepción jurisdiccional debe ser *prima facie* grave y sustancial, debe poder analizarse sin prejuzgar sobre el fondo de la cuestión y, en el caso de prosperar, debe poder resolver la totalidad o gran parte de las reclamaciones. No obstante, discrepan acerca del nivel de gravedad y la naturaleza sustancial de las objeciones. Mientras que para la Demandada basta con que la excepción no sea frívola, la Demandante afirma, sobre la base de *Eco Oro*, que “se debe aplicar un umbral más alto que simplemente exigir que la excepción no sea frívola o vejatoria”²⁵. [Traducción del Tribunal] La Demandante alude a otras decisiones de tribunales de arbitraje que respaldan este alegato. Así, el tribunal de *Gran Colombia* señaló que “acepta como punto de partida que las excepciones jurisdiccionales no deben ser frívolas a primera vista... [p]ero esto no quiere decir que todas las excepciones jurisdiccionales que exceden ese umbral bajo presuntamente justifican la bifurcación”²⁶ [Traducción del Tribunal]. Además, una excepción podría considerarse no ser frívola, pero no ser “suficientemente seria y sustancial como para justificar una bifurcación”²⁷.
42. El Tribunal advierte que, en su sentido corriente, el término “grave” (“*serious*”) se puede considerar contrario a frívolo. Algo frívolo “no tiene una finalidad útil o *grave*” (“*no useful or serious purpose*”) ²⁸. “Sustancial” (“*substantial*”) se define como algo de “gran importancia” o “serio” (“*considerable importance*” or “*weighty*”) ²⁹ [Traducción del Tribunal]. El Tribunal considera que puede haber distintos grados de gravedad entre lo frívolo y lo grave que no son relevantes como para justificar la bifurcación. Cabe recordar aquí que, para decidir si bifurcará o no el procedimiento, el Tribunal puede y necesita considerar no sólo la eficacia procesal sino también la imparcialidad; necesita lograr un

²⁵ *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Resolución Procesal No. 2, 28 de junio de 2018 (CL- 154) párr. 51.

²⁶ *Gran Colombia Gold Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/23, Resolución Procesal No. 3, Decisión sobre la Solicitud de Bifurcación de la Demandada, 17 de enero de 2020 (CL-153), párr. 27.

²⁷ Véase *Glencore Finance (Bermuda) Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2016-39, Orden Procesal No. 2 (Decisión sobre Bifurcación), 31 de enero de 2018 (CL-156) párrs. 42, 50, 51.

²⁸ Online Oxford Dictionary.

²⁹ Online Oxford Dictionary.

- equilibrio entre ambas. Las partes están de acuerdo en que el Tribunal necesita llevar a cabo un procedimiento eficaz e imparcial³⁰.
43. Con respecto al segundo factor, las excepciones jurisdiccionales no se relacionan con el fondo de la cuestión si versan sobre un conjunto limitado e independiente de hechos distintos a aquellos que atañen al fondo de la disputa .
 44. El tercer factor de la prueba se cumple si la excepción preliminar sobre la jurisdicción o admisibilidad puede resolver la totalidad del caso o, al menos, limitar el alcance de las cuestiones que se tratarán en la etapa del fondo de la cuestión. Por lo tanto, la bifurcación del procedimiento podría permitir una reducción del tiempo y los costos de cualquier fase futura del procedimiento.
 45. Las Partes discrepan en cuanto a si las excepciones de la Demandada cumplen con estos factores. El Tribunal las considera a continuación.

C. Las Excepciones de la Demandada

a) El supuesto incumplimiento de las condiciones precedentes del ALC por parte de Red Eagle

46. En la forma planteada, esta excepción tiene dos componentes: la falta de motivación jurídica y fáctica de las reclamaciones de la Demandante en su notificación de intención, y el incumplimiento de los plazos obligatorios por parte de la Demandante. El Tribunal los considera por separado.

(i) Falta de motivación jurídica y fáctica de sus reclamaciones

47. La Resolución 2090/2014, citada por la Demandante en su Notificación de Intención, provocó (o contribuyó a provocar) la disputa , ya que supuestamente (i) delimitó el PS de manera tal que se superpuso con 10 de los 11 títulos mineros de la Demandante; (ii) generó

³⁰ Véase el Capítulo II de la Solicitud de Bifurcación y las Observaciones de la Demandante sobre la Bifurcación, párr. 14.

- dudas sobre la cobertura de las disposiciones de exclusión vigentes para continuar las actividades allí; y (iii) prohibió la renovación de permisos³¹.
48. El hecho de que la Resolución 2090/2014 fuese presuntamente defectuosa y luego se declarara inconstitucional en el mes de mayo de 2017 generó una mayor incertidumbre cuando la Corte Constitucional ordenó al Ministerio de Ambiente realizar una nueva delimitación del PS³².
49. La Sentencia C-035/16 de la Corte Constitucional de Colombia (“**Sentencia C-035**”), también citada en la Notificación de Intención de la Demandante, declaró inconstitucional la Ley 1753, que se había promulgado en el año 2016, por no brindar protección ambiental suficiente a los ecosistemas de los páramos al autorizar la realización de actividades mineras con licencias ambientales preadquiridas. De esta forma, y sujeto a análisis posterior y a la refutación por la Demandada sobre estas cuestiones, se podría considerar que la Sentencia C-035 eliminó, en la práctica, la disposición de exclusión de los títulos mineros emitidos con anterioridad al 9 de febrero de 2010. Presuntamente, el Ministerio de Ambiente señaló que el Artículo 5 de la Resolución 2090/2014, que había reconocido las disposiciones de exclusión, había perdido validez legal³³. La reclamación de la Demandante *prima facie* se basa, en gran medida, en una supuesta inobservancia de la disposición de exclusión por parte de Colombia y en los derechos de estabilidad minera que presuntamente tenía la Demandante. En otras palabras, la supuesta inobservancia de esta cláusula de estabilización es el principio de una serie de medidas tomadas por Colombia que culminaron prohibiendo y/o restringiendo las actividades de la Demandante en varias áreas y ordenaron a la Demandante devolver el área de Real Minera al Estado³⁴.
50. Estas consideraciones llevan al Tribunal a concluir, en primer lugar, que la excepción de la Demandada no parece ser “grave y sustancial” porque omite considerar que la Notificación de Intención indicó un fundamento jurídico y fáctico de la reclamación de la Demandante.

³¹ Memorial, párrs.72-73; art. 5 de la Resolución 2090/2014 e Informe Legal de Martínez Villegas, párrs. 126-127 y 135-138.

³² Memorial, párr. 77.

³³ Memorial, párr. 81, e Informe Legal de Martínez Villegas, párr. 130.

³⁴ Memorial, párrs. 81-86, e Informe Legal de Martínez Villegas, párrs. 131-134 y 137-138.

51. En segundo lugar, como se explicara anteriormente en relación con las implicaciones de la Resolución 2090/2014 y la Sentencia C-035, resolver las excepciones de la Demandada requerirá analizar los hechos del caso y la relación entre los diferentes eventos y las medidas adoptadas por Colombia, incluido el impacto de la Resolución 2090/2014 y la Sentencia C-035 (ambas citadas en la Notificación de Intención) en los supuestos derechos de la Demandante, y las posteriores medidas y acciones adoptadas por Colombia.
52. En tercer lugar, aunque prospere, la excepción de la Demandada no resolverá todo el caso. De hecho, seguiría habiendo “consentimiento” al arbitraje en relación con las medidas especificadas en la Notificación de Intención y el procedimiento continuaría con respecto a estas medidas.

(ii) Incumplimiento de los plazos obligatorios

53. Si la Demandante tenía una licencia el 9 de febrero de 2010 o gozaba de algún otro tipo de protección o estabilidad en virtud del régimen de exclusión provisional/transitorio u otras disposiciones de la ley colombiana sancionadas con anterioridad a la Fecha de Corte, podrían existir medidas posteriores a dicha fecha que violaron esa protección, relevantes para su reclamación y que se encuentran dentro del límite temporal del ALC³⁵.
54. Según alega ahora la Demandante, si la Demandante pudiera acogerse a la protección del régimen de transición u otras disposiciones, las siguientes medidas podrían no ser excluidas por el límite temporal del ALC: (i) la Resolución 2090/2014³⁶; (ii) la Ley 1753, promulgada en el año 2015, que prohibió las actividades dentro del PS, salvo aquellas protegidas por el régimen de transición³⁷; (iii) la Sentencia C-035, emitida en el mes de febrero de 2016, que supuestamente eliminó, en la práctica, la disposición de exclusión al declarar inconstitucional la Ley 1753³⁸; (iv) el Ministerio de Medio Ambiente luego declaró que el Artículo 5 de la Resolución 2090/2014 que había reconocido la disposición de exclusión carecía de validez legal³⁹; (v) las medidas posteriores que supuestamente prohibieron y/o restringieron las actividades de la Demandante en diversas áreas y ordenaron a la

³⁵ Véanse, por ejemplo, las alegaciones en el Memorial, párrs. 56-69 y párrs. 70-77.

³⁶ Memorial, párrs. 72 y ss.

³⁷ Memorial, párrs. 80-81.

³⁸ Memorial, párr. 81; véase también Informe Legal de Martínez Villegas, párrs. 130 y 135-136.

³⁹ Informe Legal de Martínez Villegas, párr. 130.

Demandante devolver el área de Real Minera al Estado⁴⁰; (vi) la Sentencia T-361 de la CC que presuntamente ordenó otra delimitación del PS e indicó que podían esperarse más restricciones⁴¹; y (vii) supuestamente, no se pagó compensación a la Demandante conforme las indicaciones que había ordenado la Corte Constitucional⁴².

55. Para concluir, en primer lugar, esta excepción se basa en el supuesto de que, para resolver esta cuestión, el Tribunal podría simplemente examinar las medidas enunciadas por la Demandante en su Notificación de Intención. Como se explicara *supra*, el presente caso es más complejo. Por ende, es cuestionable el hecho de que la excepción de la Demandada califique *prima facie* como “grave y sustancial”. En segundo lugar, el análisis *supra* sugiere *prima facie* que la excepción de la Demandada se funda en conclusiones sobre cuestiones de fondo y no puede resolverse sin analizar la relación entre los distintos eventos y medidas alegados como fundamento de las reclamaciones de la Demandante. En tercer lugar, aun si prospera, la excepción de la Demandada no lograría que se resuelvan las reclamaciones relacionadas con medidas que no han caducado.

b) Las reclamaciones se encuentran fuera de la jurisdicción ratione temporis del Tribunal

56. El argumento de la Demandada se basa en la premisa de que, dado que las medidas que prohibieron las actividades mineras en los páramos se tomaron con anterioridad al mes de agosto de 2011, todas las medidas posteriores son irrelevantes. Sin embargo, en esta fase temprana del arbitraje no queda claro en qué grado las medidas adoptadas antes del mes de agosto de 2011 fueron aplicables a las inversiones de la Demandante o si la Demandante gozó de algún otro tipo de protección transitoria. Esto se debe a que, según alega la Demandante, las medidas que supuestamente ignoraron la disposición de exclusión establecida por la Ley 1382 en el mes de febrero de 2010 se emitieron después del mes de agosto de 2011, comenzando con la Resolución 2090 del mes de diciembre de 2014 en

⁴⁰ Memorial, párrs. 81-84; véase también Informe Legal de Martínez Villegas, párrs. 137-138.

⁴¹ Informe Legal de Martínez Villegas, párrs. 131-133.

⁴² Informe Legal de Martínez Villegas, párrs. 133-134.

- adelante. Estas cuestiones ameritan un mayor debate y análisis durante la fase de fondo de la cuestión.
57. La Demandante alega que las medidas de Colombia constituyen no solo expropiación, sino también una violación del estándar de TJE a través de diversas medidas promulgadas después de la entrada en vigor del Tratado, a saber: la Resolución 2090/2014, comunicados de la Autoridad Nacional de Minería (“ANM”) entre los meses de enero y junio de 2015, la Ley 1753 del 9 de junio de 2015, la Sentencia C-035/16, otros comunicados de la ANM por medio de los cuales se prohibieron actividades mineras en porciones de los títulos mineros de la Demandante, la Sentencia T-361 de la Corte Constitucional del mes de mayo de 2017, el comunicado de la ANM del mes de agosto de 2017 y la carta de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga del mes de diciembre de 2019, por la cual se prohibieron actividades en gran parte de las propiedades mineras de la Demandante y se informó que no se otorgarían más autorizaciones hasta la nueva delimitación del PS⁴³.
58. La Demandante alega, asimismo, que varias medidas y acciones y omisiones de Colombia posteriores al mes de agosto de 2011 carecían de transparencia⁴⁴, y eran arbitrarias y abusivas⁴⁵, desproporcionadas⁴⁶ y discriminatorias⁴⁷.
59. El análisis de las reclamaciones enunciadas *supra*, su relación con las inversiones de la Demandante, y las medidas, acciones y omisiones de Colombia a los efectos de determinar si están comprendidas dentro de los límites temporales del Tratado, solo puede realizarse teniendo en cuenta el fondo de la cuestión.
60. El Tribunal concluye que el análisis *supra* suscita dudas con respecto a si la excepción de la Demandada cumple con el primer requisito de ser *prima facie* “grave y sustancial”, si guarda relación con el fondo de la cuestión y, aun en el supuesto de que prosperase, si resolvería las reclamaciones que emanan de las medidas, acciones y omisiones de Colombia posteriores al mes de agosto de 2011.

⁴³ Memorial, párr. 142.

⁴⁴ Memorial, párrs. 144 y *ss.*

⁴⁵ Memorial, párrs. 155 y *ss.*

⁴⁶ Memorial, párrs. 160-161

⁴⁷ Memorial, párr. 163.

c) Colombia denegó los beneficios del ALC a la Demandante

61. En su Memorial y los anexos, la Demandante aportó pruebas *prima facie* de que es una compañía constituida en Canadá, de conformidad con la legislación canadiense, y que, a la fecha de presentación de la SdA, el 21 de marzo de 2018, era propiedad de nacionales canadienses y se encontraba controlada por ellos⁴⁸.
62. La Demandada no presentó pruebas para respaldar su excepción, salvo una declaración general de que lo hará en el procedimiento bifurcado⁴⁹. Es por eso que el Tribunal solo cuenta con las pruebas presentadas por la Demandante para analizar *prima facie* la excepción.
63. La Demandada admite haber presentado su denegación de beneficios después de la fecha de presentación de la SdA por la Demandante, en tanto la Demandante afirma que, de conformidad con el Artículo 25 del Convenio del CIADI, no se puede retirar el consentimiento.
64. El Tribunal llega a las siguientes conclusiones: en primer lugar, la Demandada no cumplió con la carga de la prueba ni siquiera *prima facie*, en particular, a la luz del hecho de que la Demandante aportó pruebas en su Memorial para demostrar que es una compañía canadiense de propiedad de nacionales canadienses y controlada por ellos. La excepción de denegación de beneficios no prosperaría si: (i) la Demandante es propiedad de nacionales canadienses y se encuentra controlada por ellos, o (ii) desarrolla actividades comerciales sustanciales en Canadá (Artículo 814 (2) del ALC). Si bien es cierto que no es posible retirar el consentimiento, la Demandante debe cumplir las condiciones establecidas en el Tratado para el consentimiento de la Demandada.
65. En segundo lugar, la excepción no guarda relación alguna con el fondo de la cuestión y, si prosperase, resolvería el caso en su totalidad; no obstante, ante la falta de pruebas a favor de las declaraciones de la Demandada, el Tribunal considera que no se justificaría bifurcar el procedimiento.
66. En síntesis, a la luz del material disponible, el Tribunal no encuentra sustento en las excepciones que plantea la Demandada.

⁴⁸ Memorial, párr. 89, y documentos identificados en las notas al pie 230 a 232.

⁴⁹ Solicitud de Bifurcación, párr. 64.

67. Aún queda un último punto por considerar por parte del Tribunal. Las partes discreparon en cuanto a si la bifurcación de una excepción favorece bifurcar otras excepciones que, de lo contrario, no justificarían la bifurcación. Dado que el Tribunal no ha otorgado ninguna de las tres excepciones, no considera necesario abordar los argumentos de las partes al respecto⁵⁰.

D. Bifurcación del fondo en responsabilidad y cuantificación

68. El cálculo de los daños que presenta la Demandante no pareciera *prima facie* complejo, ya que esta reclama una reparación íntegra de los costos hundidos (“*sunk costs*”) sobre la base de sus estados contables auditados. La bifurcación que solicita Colombia solo se justificaría si se pudiera suponer o determinar *prima facie*, desde el principio, que el cálculo de daños será un tema complejo. La reclamación de las Demandantes basada en los costos hundidos (“*sunk costs*”), respaldada por estados contables auditados, sugiere lo contrario. Por lo tanto, en esta etapa, la solicitud de la Demandada de bifurcar la fase de fondo en responsabilidad y cuantificación carece de sustento y es prematura. Esta conclusión no impide a la Demandada demostrar posteriormente la complejidad del cálculo de los daños para justificar una solicitud de bifurcación del fondo de la cuestión.

IV. COSTOS

69. Cada parte ha solicitado al Tribunal ordenar a la otra parte pagar los costos relacionados con la Solicitud de Bifurcación. El Tribunal considera que una decisión sobre costos en esta etapa temprana del procedimiento sería prematura y que es una decisión que conviene tomar en una etapa posterior cuando el Tribunal tenga una noción general del procedimiento.

V. DECISIÓN

70. Por los motivos expuestos, el Tribunal resuelve:

⁵⁰ Véase Solicitud de Bifurcación, párr. 17, y Observaciones de la Demandante, párr. 17.

1. Rechazar la Solicitud de Bifurcación.
2. Declarar que entra en vigor el calendario procesal establecido en el Escenario 3 del Anexo B, con sus modificaciones, de la Resolución Procesal No. 1, y que el Memorial de Contestación sobre el Fondo y el Memorial sobre Excepciones a la Jurisdicción deben presentarse dentro del plazo de 90 días siguientes a esta Decisión.
3. Reservarse su posición sobre costos hasta una etapa posterior del procedimiento.

[Firmado]

Sr. José Martínez de Hoz
Árbitro

Fecha: 3 de agosto de 2020

[Firmado]

Profesor Philippe Sands
Árbitro

Fecha: 3 de agosto de 2020

[Firmado]

Dr. Andrés Rigo Sureda
Presidente del Tribunal

Fecha: 3 de agosto de 2020