

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

En el procedimiento de arbitraje entre

RED EAGLE EXPLORATION LIMITED

- Demandante -

y

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

- Demandada -

Caso CIADI No. ARB/18/12

OPINIÓN DISIDENTE

José A. Martínez de Hoz (Coárbitro)

Miembros del Tribunal

Dr. Andrés Rigo Sureda - Presidente

Sr. José Martínez de Hoz - Árbitro

Prof. Philippe Sands - Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Catherine Kettlewell

23 de febrero de 2024

ÍNDICE DE CONTENIDOS

1. Introducción.....	3
2. Señales a los Inversionistas. Marco Regulatorio y Medidas.....	3
2.1. Comentario inicial	3
2.2. Señales derivadas del marco regulatorio vigente con anterioridad al dictado de la Resolución 2090/2014	4
2.3. Señales derivadas de las acciones de Colombia con posterioridad al dictado de la Resolución 2090/2014	8
2.4. La <i>Due Diligence</i> de la Demandante	12
2.5. Conclusiones sobre el Marco Regulatorio y la conducta de las Partes.....	15
3. Si la Demandante tenía Derechos Adquiridos	18
4. Impacto de las Medidas	23
5. ¿Violó Colombia el Tratado?.....	26
5.1. Artículo 805 del ALC	26
5.2. Artículo 2201(3) del ALC	32
5.3. Artículo 811 del ALC	34
6. Daños.....	36
7. Conclusiones	38

OPINIÓN DISIDENTE

1. Introducción

- (1) Concuero con el razonamiento incluido en la Sección V del laudo dictado por el Tribunal (el "Laudo") en relación con las excepciones jurisdiccionales planteadas por la Demandada y con su conclusión de que tiene jurisdicción en este caso.
- (2) Disiento respetuosamente del razonamiento y de las conclusiones de mis colegas sobre Responsabilidad (Sección VI del Laudo), en concreto, respecto de si las medidas adoptadas por Colombia violaron el Artículo 805 del Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Colombia (el "ALC" o el "Tratado").
- (3) No obstante, coincido en cuanto a que las medidas de Colombia no constituyen una expropiación indirecta de las inversiones de la Demandante en virtud del Artículo 811 del Tratado.
- (4) En vista de la decisión de la mayoría del Tribunal, si bien esta opinión incluye ciertas consideraciones generales relativas a la caracterización y evaluación de los daños que reclama Red Eagle Exploration Limited ("Red Eagle" o "Demandante"), no procedo a realizar un análisis pormenorizado de la indemnización que correspondería pagar a la Demandante.
- (5) Todos los términos con mayúscula inicial que no se encuentren definidos en la presente Opinión tendrán el significado que se les atribuye en el Laudo.

2. Señales a los Inversionistas. Marco Regulatorio y Medidas

2.1. Comentario inicial

- (6) Durante el procedimiento, las Partes debatieron ampliamente las señales que los inversionistas, en general, y la Demandante, en particular, habrían recibido de Colombia respecto de la probabilidad de que la Demandada impusiera una prohibición o restricciones a las operaciones mineras en las áreas que forman parte del páramo de Santurbán ("PS" o "Páramo"), al igual que sus implicancias en las expectativas legítimas de la Demandante. Esta cuestión fue abordada también en profundidad en los Escritos Posteriores a la Audiencia ("PHB", por sus siglas en inglés) de ambas Partes en respuesta a la primera pregunta que el Tribunal les dirigió el 2 de marzo de 2023¹.
- (7) En primer lugar, examinaré las señales invocadas por cada una de las Partes en relación con el marco regulatorio vigente en el momento en el que la Demandante adquirió sus 11 títulos mineros (los "Títulos Mineros"), así como las medidas y acciones posteriores adoptadas por las autoridades de Colombia. Luego, analizaré cuán exhaustiva fue la *due diligence* llevada a cabo por la

¹ Pregunta 1 de la Sección sobre Cuestiones globales de consecuencia general.

Demandante y, por último, presentaré mis conclusiones sobre esta primera cuestión.

2.2. Señales derivadas del marco regulatorio vigente con anterioridad al dictado de la Resolución 2090/2014

- (8) La Demandada argumenta que, en el momento en que la Demandante adquirió sus Títulos Mineros en el período comprendido entre los meses de mayo de 2010 y abril de 2012, Red Eagle tenía conocimiento de que existía un riesgo sustancial de que se superpusieran con la delimitación definitiva del Páramo, y de que el Informe de Aquaprosesos elaborado por el Sr. Franco en el mes de diciembre de 2009 identificaba ese riesgo². Asimismo, la Demandada señala que, mucho tiempo antes de que Red Eagle fuera aun constituida, en virtud del Código de Minas de 2001 (el "Código de Minas"), Colombia ya había dado la señal de que podría prohibir la minería en ciertas áreas en función de consideraciones ambientales, y que, en el año 2002, por medio de la Sentencia C-339, la Corte Constitucional colombiana identificó concretamente los ecosistemas de páramo como uno de los tipos de áreas respecto de las cuales el poder legislativo de Colombia probablemente dictara una prohibición de minería en el futuro³.
- (9) La Ley 1382, promulgada en el año 2010, modificó el Código de Minas y especificó por primera vez que los ecosistemas de páramo podrían ser declarados zonas excluibles de la minería ("Zonas Excluibles de la Minería"). Sin embargo, su Artículo 3 (que modificó el Artículo 34 del Código de Minas) no estableció en sí mismo ninguna prohibición de actividades mineras en las áreas de páramo⁴.
- (10) La Demandada reconoce que, conforme a la Ley 1382, se aplicarían restricciones en los ecosistemas de páramo y parques nacionales siempre y cuando se cumplieran tres requisitos: (i) solo se aplicarían restricciones a zonas delimitadas por la autoridad ambiental competente "*con base en estudios técnicos, sociales y ambientales*"; (ii) para que una restricción se aplicase, el Ministerio de Minas y Energía debía emitir un concepto previo no vinculante mediante el cual aprobara la restricción; y (iii) se aplicarían restricciones a títulos mineros (x) expedidos luego de promulgada la Ley 1382 (es decir, después del 9 de febrero de 2010); (y) que no contaran con una licencia ambiental o su equivalente; y (z) cuando no se hubieran adelantado actividades de construcción, montaje o explotación⁵.
- (11) Por ende, la Ley 1382 representaba una regulación prospectiva; aunque contemplaba la posibilidad de que las autoridades competentes establecieran nuevas Zonas Excluibles de la Minería, también preveía que su identificación y delimitación estaría sujeta a una serie de requisitos. En todo caso, la Ley 1382 lejos estaba de identificar áreas concretas dentro del ecosistema de páramo sujetas a una prohibición de minería. Asimismo, establecía un régimen de

² Resp. PHB, ¶¶ 2 y 8.

³ *Id.*, ¶ 10.

⁴ Ley 1382/2010, septiembre de 2010 (Anexo C-655), Artículo 3.

⁵ *Id.* Véanse también Cl. Mem., ¶ 57; Cl. Reply, ¶ 103; Resp. C-Mem., Sección III.G; y Cl. PHB, ¶¶ 16-17.

transición o de reconocimiento de derechos adquiridos (*grandfathering*) respecto de los títulos mineros expedidos con anterioridad al 9 de febrero de 2010, que contaran con licencia ambiental o su equivalente.

- (12) Por otra parte, Colombia tenía la tradición de mantener un equilibrio entre la protección de los derechos de propiedad y las consideraciones ambientales. En efecto, la Constitución de Colombia protege tanto los derechos de propiedad como el derecho a desarrollar actividades mineras, así como el derecho al medio ambiente, y no establece ninguna prohibición específica de la minería en los ecosistemas de páramo⁶. La Ley 99 de 1993, que estableció los principios de la política ambiental colombiana, tampoco contemplaba ninguna prohibición específica de la minería en los ecosistemas de páramo⁷. Asimismo, si bien la Resolución 769 de 2002 dispuso la realización de un estudio de los páramos, no estableció ninguna prohibición de minería⁸.
- (13) En consonancia con los principios mencionados *supra*, aun cuando el Artículo 36 del Código de Minas admite el efecto retroactivo de la normativa ambiental, establece también que deberá pagarse una indemnización de conformidad con el Artículo 58 de la Constitución en el supuesto de que el inversionista sufra la pérdida de un derecho adquirido⁹.
- (14) En sus presentaciones, la Demandada hace hincapié además en el hecho de que, mediante el Atlas de Páramos de Colombia (el "Atlas de Páramos del IAVH de 2007" o el "Atlas del IAVH"), publicado en el mes de mayo de 2007, los inversionistas deberían haber sido advertidos por Colombia de las áreas que podría considerarse que formaban parte del ecosistema de páramo. Si bien el Atlas del IAVH se elaboró a una gran escala de 1:400.000, en el Informe de Aquaprosesos, el Sr. Franco se basó en él y concluyó que tres Títulos Mineros se encontraban dentro de los páramos cartografiados por dicho Atlas¹⁰.
- (15) La Demandada destaca, asimismo, que, pese a su carácter no vinculante, el Atlas del IAVH fue elaborado en el marco de un esfuerzo de muchos años por parte del Ministerio de Ambiente por ganar conocimiento acerca de los páramos y fue la cartografía oficial que el poder legislativo colombiano designó como referencia mínima para la prohibición de la minería en los ecosistemas de páramo. La Sra. Baptiste también manifestó en su declaración testimonial que el Instituto de Investigación Alexander Von Humboldt ("IAVH") había elaborado un mapa a escala 1:250.000 que se encontraba disponible en caso de ser solicitado¹¹.

⁶ Constitución de Colombia (**Anexo C-565**), Artículos 58, 79, 80 y 360. Véase también Tr. de la Audiencia, Día 3 (español), 802:14-18 (Contrainterrogatorio de De Vivero).

⁷ Véase Tr. De la Audiencia, Día 3 (español), 804:6-9 (Contrainterrogatorio de De Vivero).

⁸ Cl. PHB, ¶19; y Tr. de la Audiencia, Día 3 (español), 810:3-9 (Contrainterrogatorio de De Vivero).

⁹ Artículo 36 del Código de Minas (**Anexo C-570**) y Artículo 58 de la Constitución de Colombia (**Anexo C-565**). Véase también *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre el *Quantum*, 9 de septiembre de 2021 (**Anexo CL-285**), ¶¶ 469-476 ("Eco Oro c. Colombia" o "Eco Oro").

¹⁰ Resp. PHB, ¶ 11.

¹¹ Resp. PHB, ¶¶ 12-13; Declaración Testimonial de la Sra. Baptiste, ¶ 26, nota al pie 12.

- (16) Con todo, más allá del debate respecto de si la escala de 1:400.000 del Atlas de IAVH resultaba adecuada o no para determinar la medida en que los Títulos Mineros de la Demandante podrían finalmente superponerse con el PS, es un hecho que el propio Atlas no prohibía la minería en ninguna de las áreas identificadas allí ni establecía Zonas Excluibles de la Minería, tal como reconociera la Sra. Baptiste, testigo de la Demandada¹².
- (17) Tal como se explicara *supra*, la Ley 1382 era una regulación prospectiva, no establecía ninguna prohibición de minería en relación con áreas concretas y disponía varios requisitos aplicables a la declaración y delimitación de Zonas Excluibles de la Minería que no se habían cumplido en el momento en que Red Eagle adquirió sus Títulos Mineros¹³.
- (18) La Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional la Ley 1382 porque el gobierno no había llevado a cabo consultas comunitarias. Al poco tiempo, Colombia promulgó la Ley 1450 de 2011, que prohibió las actividades mineras en los ecosistemas de páramo y encomendó al Ministerio de Ambiente la tarea de efectuar la delimitación de los páramos en función de estudios económicos, técnicos, ambientales y sociales. Estableció un proceso para delimitar las Zonas Excluibles de la Minería en los páramos a escala 1:25.000, escala con una precisión más de diez veces mayor que la del Atlas del IAVH. La Ley 1450 también representaba una regulación prospectiva, toda vez que se refería a delimitaciones futuras. Asimismo, tal como reconociera el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía en una carta del mes de septiembre de 2011, en ese momento, no se habían cumplido los requisitos para la delimitación de los páramos¹⁴.
- (19) La Resolución 937 de 2011 del Ministerio de Ambiente adoptó la cartografía elaborada a escala 1:250.000 por el IAVH para la identificación de los ecosistemas de páramo y dispuso que las delimitaciones efectuadas por las autoridades surtirían efectos legales *siempre y cuando* la escala cartográfica fuera igual o más detallada que la escala 1:25.000 (diez veces más detallada tal como preveía la Ley 1450). Esta Resolución tampoco llegaba a determinar la existencia de Zonas Excluibles de la Minería, que debían establecerse expresamente siguiendo los requisitos dispuestos por la Ley 1382¹⁵.
- (20) Ha quedado demostrado que el proceso de adquisición, transferencia e inscripción de los Títulos Mineros de la Demandante incluyó 22 aprobaciones distintas por parte de las autoridades colombianas respecto de sus 11 Títulos Mineros en el transcurso de cuatro años entre 2010 y 2013¹⁶. Red Eagle

¹² Cl. PHB, ¶ 19; y Tr. de la Audiencia, Día 2 (español), 537:1-4 (Contrainterrogatorio de Baptiste).

¹³ Véase Concepto 2011-05791 del Ministerio de Minas y Energía de 27 de septiembre de 2011 (Anexo C-669). Véase también *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶¶ 479 y ss.

¹⁴ Ley 1450 del 16 de junio de 2011 (Anexo C-576); y Concepto 2011-05791 del Ministerio de Minas y Energía del 27 de septiembre de 2011 (Anexo C-669). Véanse también Cl. Mem., ¶¶ 61-63, Cl. Reply, ¶ 139, y Cl. PHB, ¶ 19.

¹⁵ Resolución 937 de 25 de mayo de 2011 (Anexo R-11). Véanse también Cl. PHB, ¶ 19; y *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶¶ 485 y ss.

¹⁶ Colombia aprobó la transferencia de los 11 Títulos Mineros en el período comprendido entre los meses de mayo de 2010 y abril de 2012 y su inscripción, en el período comprendido entre los meses de junio de 2010 y octubre de 2013. Véanse Cl. Reply, ¶ 502; y Cl. Rej., ¶ 52.

presentó guías ambientales en relación con 5 títulos que la autorizaban a llevar a cabo trabajos de exploración. Seis de los Títulos Mineros adquiridos por la Demandante ya contaban con Planes de Manejo Ambiental (“PMA”), y Red Eagle solicitó a las autoridades que le transfirieran esos 6 PMA. Las autoridades aprobaron la transferencia de los PMA correspondientes a 4 Títulos Mineros, mientras que la aprobación de la transferencia de los PMA correspondientes a los otros 2 títulos continúa en trámite sin que Colombia haya expresados los motivos por los cuales no se ha expedido al respecto¹⁷.

- (21) Se ha demostrado además que Colombia otorgó a Red Eagle los permisos necesarios para proteger los derechos existentes asociados a varios Títulos Mineros, a la vez que autorizó una suspensión de las actividades de explotación para que la Demandante pudiera continuar con las actividades de rehabilitación y realizar trabajos exploratorios exhaustivos. Se desprende del expediente que Colombia también continuó con la aprobación de la transferencia de los PMA a Red Eagle luego de que se adoptara la Resolución 937 y se promulgara la Ley 1450, a pesar de que la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga (“CDMB”) tenía conocimiento de que los Títulos Mineros en cuestión podrían finalmente formar parte de los ecosistemas de páramo. Asimismo, en el año 2012, las autoridades colombianas aprobaron la conversión de las licencias de explotación sobre varios Títulos Mineros en contratos de concesión, y, en el año 2015, Colombia adjudicó 5 Contratos de Concesión a Red Eagle¹⁸.
- (22) La Demandada argumentó que estas señales eran irrelevantes y aclaró que la CDMB había advertido a Red Eagle que la exploración y explotación minera se encontraba prohibida en los ecosistemas de páramo, conforme se identificaban en el Atlas del IAVH, pero que no tenía la potestad de detener dichas actividades hasta tanto no se concluyera la delimitación definitiva. La Demandada también señala que, en el período comprendido entre los meses de agosto de 2011 y mayo de 2013, cuando la CDMB aprobó la cesión de los PMA asociados a 4 Títulos Mineros, advirtió a Red Eagle que tendría que modificar los PMA antes de iniciar las actividades de explotación y que las actividades mineras previstas tendrían que tener en cuenta las restricciones derivadas de la superposición con el PS¹⁹.
- (23) La Demandada agrega que, en el mes de diciembre de 2011, la Agencia Nacional de Minería (“ANM”) advirtió a Red Eagle que no podría procesar su solicitud de derecho de preferencia con respecto a las áreas de los Títulos Mineros que se superponían con las áreas de páramo, como así también que, tras la delimitación efectuada en el mes de diciembre de 2014 por la Resolución 2090 (tal como se define a continuación), la ANM manifestó expresamente que la minería no se encontraba autorizada en las áreas de los títulos que se superponían con la Zona de Preservación (tal como se define a continuación) creada por dicha resolución ²⁰.

¹⁷ Cl. Reply, ¶¶ 93 y 504; y Cl. PHB, ¶¶ 32-34. Véase también Resolución 517 (Anexo C-644).

¹⁸ Cl. Reply, ¶¶ 141 y 502; y Cl. PHB, ¶¶ 39-40.

¹⁹ Resp. PHB, ¶¶ 20 y 24.

²⁰ Resp. PHB, ¶ 26.

(24) Por último, la Demandada sostiene que las autoridades colombianas nunca declararon a Red Eagle que sus Títulos Mineros estarían exentos de las prohibiciones de minería relacionadas con los páramos y que jamás había otorgado autorización alguna para el desarrollo de un proyecto de minería de gran escala en esas áreas²¹.

2.3. Señales derivadas de las acciones de Colombia con posterioridad al dictado de la Resolución 2090/2014

(25) La Resolución 2090 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible del 19 de diciembre de 2014 ("Resolución 2090") delimitó por primera vez el PS y estableció una Zona Excluyente de la Minería sobre el Páramo²².

(26) Si bien en la Sección 4 *infra* analizaré en mayor profundidad las implicancias y el impacto de la Resolución 2090, esta impuso una prohibición y restricción a las actividades mineras en relación con ciertas áreas que, hasta ese entonces, no habían sido específicamente delimitadas como Zonas Excluyentes de la Minería o sujetas a otras restricciones.

(27) La Resolución 2090 distinguió dos situaciones: (i) áreas de páramo o Zonas de Preservación identificadas en color verde y (ii) Zonas de Restauración identificadas en color amarillo.

(28) En las Zonas de Preservación, (i) a partir del 9 de febrero de 2010, estaría prohibido celebrar nuevos contratos de concesión, así como otorgar títulos mineros o expedir licencias ambientales que autorizaran el desarrollo de actividades mineras en esas áreas, pero (ii) las actividades mineras cubiertas por contratos de concesión o títulos mineros, que contaran con licencia ambiental o instrumento de control o manejo ambiental equivalente otorgados antes del 9 de febrero de 2010, podrían seguir ejecutándose hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga, sujetas a un estricto control por parte de las autoridades mineras y ambientales²³.

(29) Las Zonas de Restauración, aunque formaban parte del ecosistema de páramo identificado en el Atlas del IAVH, no estaban incluidas en la Zona Excluyente de la Minería, pero se consideraban funcionalmente vinculadas con el PS. En las Zonas de Restauración, se podría autorizar el desarrollo de actividades mineras, sujetas al cumplimiento de las normas ambientales aplicables y los planes de manejo ambiental correspondientes a fin de garantizar que estas actividades no pusieran en riesgo la conservación del PS²⁴.

(30) Según la Demandante, el Artículo 5 de la Resolución 2090 estableció el "reconocimiento" de los derechos existentes, de modo que, en las áreas correspondientes a los títulos mineros y las licencias ambientales o los instrumentos equivalentes que se hubieran otorgado o expedido con

²¹ Resp. PHB, ¶¶ 28-36.

²² Resolución No. 2090 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible de 19 de diciembre de 2014 (Anexo C-580).

²³ Resolución 2090, Artículo 5 (Anexo C-580).

²⁴ Resolución 2090, Artículo 9 (Anexo C-580).

anterioridad al 9 de febrero de 2010, podían seguir desarrollándose actividades mineras²⁵.

- (31) Mientras que la Demandante define el alcance de ese reconocimiento de derechos adquiridos en función de los títulos existentes, en opinión de Colombia, dicho reconocimiento no se aplicaba al título *per se*, sino a las “actividades” preexistentes [Traducción del Árbitro Disidente]. Por consiguiente, el derecho de explotación solo se materializaría cuando se otorgara o aprobara un PMA o una licencia ambiental para una actividad específica. Toda vez que el Proyecto Vetas de Red Eagle (el “Proyecto”) comprendía un proyecto integrado de gran escala con actividades que, según Colombia, no estaban cubiertas por ninguna licencia ambiental o instrumento equivalente que se hubiera expedido con anterioridad al 9 de febrero de 2010 (Red Eagle nunca llevó a cabo actividades conforme a los PMA asociados a 6 de sus Títulos Mineros, y 5 de los Títulos no contaban con ninguna licencia ambiental o instrumento equivalente), Colombia alega que el Proyecto nunca gozó de reconocimiento de derechos adquiridos²⁶.
- (32) Abordaré las implicancias de esta cuestión al analizar el impacto de las medidas adoptadas por Colombia en la inversión de Red Eagle en la Sección 4 *infra*. En todo caso, independientemente del asunto relativo al alcance del reconocimiento de derechos adquiridos establecido por el Artículo 5 de la Resolución 2090 y la Ley 1382, es un hecho que la Resolución 2090 implicó un cambio en las normas aplicables al crear por primera vez una Zona Excluíble de la Minería en el PS en las áreas que se determinó que se superponían con los Títulos Mineros de Red Eagle y al establecer restricciones en las áreas adyacentes, es decir, las Zonas de Restauración.
- (33) El 9 de junio de 2015, Colombia promulgó la Ley 1753 (“Ley 1753”). Su Artículo 173 prohibió la minería en las áreas delimitadas como páramos. Ordenó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (“Ministerio de Ambiente”) delimitar las áreas de páramo al interior del área definida por el Atlas del IAVH a escala 1:100.000 o 1:25.000, cuando esta última estuviera disponible con base en criterios técnicos, ambientales, sociales y económicos. Estableció además el reconocimiento de derechos adquiridos respecto de las actividades mineras de exploración y explotación que contaran con contrato y licencia ambiental o instrumento de control y manejo ambiental que hubieran sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero de 2010²⁷.
- (34) Las Partes no coinciden en cuanto a si la Ley 1753 prohibía la minería en las Zonas de Restauración. Según la Demandante, el texto del Artículo 173 “generó incertidumbre al prohibir la minería al interior del área delimitada como páramo (posiblemente también al interior de las Zonas de Restauración)”²⁸. Colombia disiente y señala que la minería no se encuentra autorizada en las “áreas delimitadas como páramos” [Traducción del Árbitro Disidente], que las únicas áreas así delimitadas por la Resolución 2090 eran las Zonas de Preservación y

²⁵ Cl. PHB, ¶ 45.

²⁶ Resp. Rej., ¶¶ 109 y ss.; y Resp. PHB, ¶¶ 77-86.

²⁷ Ley 1753, Artículo 173 (Anexo C-17).

²⁸ Cl. PHB, ¶ 47.

que, al hacer referencia a las Zonas de Restauración, su Artículo 9 dispone que están “funcionalmente vinculadas” al PS, pero no forman parte de él²⁹. Esta circunstancia confirmaría que no toda el área de páramo identificada en el Atlas del IAVH coincidía con lo que se convirtiera en la Zona Excluíble de la Minería (es decir, las Zonas de Preservación) en virtud de la Resolución 2090.

- (35) En todo caso, el 8 de febrero de 2016, la Corte Constitucional de Colombia dictó la Sentencia C-35³⁰ (“Sentencia C-35”), que resolvió que el régimen de transición instaurado por la Ley 1753 era inconstitucional “puesto que estableció que autorizar que continuaran desarrollándose actividades mineras en los ecosistemas de páramo no protegía plenamente los páramos de los efectos nocivos de la extracción de recursos naturales no renovables”³¹. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (36) La Demandada admite que la eliminación del régimen de reconocimiento de derechos adquiridos de la Ley 1753 significó que el Artículo 5 de la Resolución 2090 perdiera su base legal y, en consecuencia, quedara derogado³².
- (37) Colombia arguye que, en la práctica, la eliminación del régimen de reconocimiento de derechos adquiridos previsto en la Ley 1753 (y, por extensión, la Resolución 2090) no tuvo efecto alguno en el Proyecto, dado que este nunca gozó de dicho reconocimiento. Si bien retomaré esta cuestión en la Sección 4 al analizar el impacto de las medidas de Colombia, es, no obstante, un hecho que la Sentencia C-35 supuso un nuevo cambio de las normas del sector minero y de criterios en la medida en que estableció que las protecciones ambientales se imponían sobre los derechos adquiridos de los particulares³³.
- (38) Con posterioridad al dictado de la Sentencia C-35, la ANM envió diversas notificaciones a la Demandante donde se exigía el cumplimiento de la prohibición en partes de varios de los Títulos Mineros que se superponían con el PS³⁴.
- (39) El 30 de mayo de 2017, la Corte Constitucional de Colombia dictó la Sentencia T-361 (“Sentencia T-361”), que declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 2090 y ordenó al Ministerio de Ambiente que se expidiera sobre una nueva delimitación en el término de un año³⁵. La Corte Constitucional determinó que el Ministerio de Ambiente no había llevado a cabo un proceso de consultas adecuado y efectivo, y le ordenó subsanar esa situación mediante la realización de un proceso de consultas apropiado, culminado el cual debería publicarse una nueva delimitación del PS. La Corte Constitucional también resolvió que la nueva delimitación debía ser más expansiva. Con todo, no se dieron precisiones en cuanto al significado de tal pronunciamiento en términos de si la nueva

²⁹ Resp. PHB, ¶¶ 88-89.

³⁰ Sentencia C-35 de la Corte Constitucional (Anexo C-18), págs. 143-144.

³¹ Resp. PHB, ¶ 92.

³² *Id.*

³³ Sentencia C-35 (Anexo C-18), págs. 125-126, 142, 222-223. Véase también Cl. PHB, ¶¶ 48-49.

³⁴ Carta de la ANM a Minera Vetas sobre Real Minera, de fecha 17 de mayo de 2016 (Anexo C-21); Carta de la ANM a Minera Vetas sobre La Tríada de Oro, de fecha 17 de mayo de 2016 (Anexo C-490); y Concepto Técnico No. 168 de la ANM en relación con La Vereda, de fecha 25 de agosto de 2016 (Anexo C-727).

³⁵ Sentencia T-361 de 30 de mayo de 2017 (Anexo C-22), págs. 248, 283.

delimitación abarcaría territorios adicionales o áreas diferentes o tendría otra forma³⁶.

- (40) Las Partes coinciden en cuanto a que la Resolución 2090 sigue en vigencia. Sin embargo, a la fecha, más de seis años después, Colombia no se ha expedido sobre una nueva delimitación del PS conforme fuera ordenado por la Sentencia T-361. Esta situación aumentó la inseguridad jurídica y, tal como se explica *infra*, impidió en la práctica el desarrollo de actividades mineras posteriores e hizo que la CDMB no pudiera expedir aprobaciones y adoptar otras decisiones en relación con los Títulos Mineros de la Demandante.
- (41) Sobre este particular, el expediente demuestra que, tras el dictado de la sentencia referida, la CDMB y la ANM enviaron notificaciones a la Demandante donde se identificaban las áreas de los Títulos Mineros donde no se podían desarrollar actividades mineras con fundamento en la necesidad de aguardar la delimitación definitiva del PS, incluidas también partes de las Zonas de Restauración³⁷. A mayor abundamiento, la CDMB no aprobó la transferencia de los PMA de dos títulos por los mismos motivos³⁸, y las autoridades también se negaron a autorizar a Red Eagle a que conservara las partes de sus Títulos Mineros que no podían ser objeto de explotación económica, lo que representaba un riesgo de perder el título correspondiente³⁹.
- (42) La Demandada cuestionó la relevancia de estas comunicaciones de la CDMB⁴⁰. No obstante, es razonable considerar que estas comunicaciones agravaron la situación de incertidumbre generada por la sucesión de la Resolución 2090, la Ley 1753, la Sentencia C-35 y la Sentencia T-361. En la práctica, el efecto combinado de estos cambios legislativos y regulatorios, así como de las cartas de las autoridades, fue impedir que se desarrollaran actividades mineras en las áreas cubiertas por los Títulos Mineros de los que la Demandante era titular, incluidas las Zonas de Restauración⁴¹.
- (43) En función de las pruebas aportadas por las Partes, la incertidumbre continuó al día de la fecha, toda vez que aún no se ha efectuado la delimitación del PS. Asimismo, recientemente, el Presidente Petro de Colombia declaró que “en

³⁶ *Id.*, págs. 262-263 y 282-284.

³⁷ Carta de la ANM a Minera Vetas en relación con Real Minera de 31 de agosto de 2017 (**Anexo C-20**). Véase también Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 917:9-15 (Interrogatorio Directo de SRK) y 1091:15-18 (Interrogatorio Directo de Sequeira).

³⁸ Cl. PHB, ¶¶ 57-61. Carta de la CDMB a Minera Vetas sobre La Vereda de 6 de diciembre de 2019 (**Anexo C-462**); y Carta de la CDMB a Minera Vetas sobre San Antonio de 6 de diciembre de 2019 (**Anexo C-1012**). Véanse también Tr. de la Audiencia, Día 2 (español), 442:21-443:10 (Interrogatorio Directo de Franco); Día 2 (español), 445:19-446:4 (Interrogatorio Directo de Franco); Día 3 (español), 751:16-22 (Interrogatorio Directo de Martínez); Día 4 (español), 919:10-16 (Interrogatorio Directo de SRK); Día 4 (español), 1091:15-18 (Interrogatorio Directo de Sequeira).

³⁹ Tr. de la Audiencia, Día 2 (español), 513:9-514:1 (Preguntas del Tribunal a Franco); y Declaración Testimonial del Sr. Franco, ¶ 41.

⁴⁰ Resp. PHB, ¶ 104.

⁴¹ Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 970:2-11 (Segundo Interrogatorio Directo de SRK); Día 2 (español), 442:22-443:5 (Interrogatorio Directo de Franco).

*Santurbán no puede haber explotación minera”, a lo cual agregó que “toda la titulación minera va a entrar en revisión”*⁴².

2.4. La Due Diligence de la Demandante

- (44) La Demandante argumenta que llevó a cabo una *due diligence* exhaustiva en sustento de su decisión de invertir. Incluye la contratación de peritos jurídicos, técnicos y ambientales para que determinaran si los Títulos Mineros de Red Eagle se ajustaban a la normativa minera vigente, y ellos concluyeron que su cumplimiento permitía el desarrollo de un proyecto de gran escala⁴³. Sobre ese particular, la Demandante advierte que trabajó con el bufete de abogados colombiano Cardenas & Cardenas, que examinó la situación jurídica de cada uno de los Títulos Mineros que Red Eagle consideraba adquirir. En opinión de la Demandante, esto demuestra que tuvo en cuenta las posibles implicancias de la Ley 1382 respecto de la creación de Zonas Excluibles de la Minería en el futuro, así como los requisitos a tal efecto, y que el perito jurídico de la Demandada afirmó que, hasta el dictado de la Resolución 2090 en el mes de diciembre de 2014, no se había concretado una delimitación del Páramo a los fines de crear una Zona Excluible de la Minería⁴⁴.
- (45) El perito de la Demandante confirmó que, en el momento de la adquisición de los Títulos Mineros de Red Eagle, no existía una exclusión minera oficial respecto de esas áreas, como así también que el Atlas del IAVH constituía una mera “aproximación preliminar” del ecosistema de páramo y no ofrecía detalles suficientes para la creación de zonas excluibles de la minería⁴⁵. La Sra. Vásquez, testigo de la Demandante, declaró que se reunió con el Ministro de Minas y diversos funcionarios colombianos para entender el alcance de la ley y que “*la conclusión en ese momento era que todos los títulos que habían sido otorgados antes de esta ley [Ley 1382] continuaban con su operación*”⁴⁶.
- (46) El Sr. Franco, autor del informe de *due diligence* del año 2009 que fue luego contratado por la Demandante, declaró que los títulos estaban acompañados de las licencias de explotación necesarias y que varios títulos contaban con PMA, así como que esto ofrecía a la Demandante fundamentos razonables para considerar que los permisos ambientales podrían transferirse, como fue el caso de la mayoría, y que podría presentar nuevas guías ambientales en relación con aquellos títulos que no contaran con planes de manejo ambiental⁴⁷.

⁴² Cl. PHB, ¶ 63; y declaraciones de 19 de marzo de 2022 (Anexo C-1300) y 27 de octubre de 2022 (Anexo-C-1301).

⁴³ Cl. PHB, ¶¶ 25-26.

⁴⁴ Cl. PHB, ¶¶ 27-28. Véase también Tr. de la Audiencia, Día 3 (español), 816:12-846:9 y 862:10-864:6 (Contrainterrogatorio de De Vivero).

⁴⁵ Tr. de la Audiencia, Día 2 (español), 438:3-6 (Interrogatorio Directo de Franco); Memorando de *Due Diligence* de Aquaprosos (Anexo C-603), pág. 25.

⁴⁶ Tr. de la Audiencia, Día 2 (español), 323:16-324:2 (Contrainterrogatorio de Vásquez).

⁴⁷ Memorando de *Due Diligence* de Aquaprosos (Anexo C-603); Tr. de la Audiencia, Día 2 (español) 438:15-16 (Interrogatorio Directo de Franco). Véase también Cl. PHB, ¶ 29.

- (47) La Demandante afirma que también encomendó la elaboración de informes técnicos de *due diligence* que se ajustaban al estándar estricto del Instrumento Nacional 43-101, que regula la divulgación de información relacionada con proyectos mineros regidos por la legislación en materia de títulos valores de Canadá, y que aquellos confirmaron la viabilidad del proyecto de Red Eagle⁴⁸.
- (48) La Demandada controvierte las alegaciones formuladas por la Demandante sobre su *due diligence*. En primer lugar, arguye que, en el Informe de Aquaprosesos, el Sr. Franco advirtió a Red Eagle, entre otras cuestiones, que los títulos objeto de evaluación se encontraban ubicados en un sistema de páramo, que los páramos serían identificados con arreglo al Atlas del IAVH y que tres de los títulos se superponían con el PS. La Demandada observa que el Atlas del IAVH no constituía una delimitación definitiva y señala que el Sr. Franco recomendó a Red Eagle realizar consultas al Ingeominas, al IAVH y al Ministerio de Ambiente, así como solicitar asesoramiento jurídico⁴⁹.
- (49) La Demandada advirtió que, en su declaración, la Sra. Vásquez no pudo presentar pruebas documentales de sus supuestas reuniones con funcionarios del gobierno⁵⁰.
- (50) La Demandada manifestó también que el dictamen del bufete de abogados Cardenas & Cardenas no brindó efectivamente a Red Eagle asesoramiento sobre las implicancias de la prohibición de minería en el Proyecto, así como que no incluía un análisis significativo de la Ley 1382 y, menos aún, asesoramiento específico respecto de su impacto en el Proyecto. La Demandada sostiene que dicho dictamen solo parafraseó la Ley 1382 en un nivel elevado y no brindó asesoramiento sobre varias cuestiones importantes, entre ellas, la posibilidad de obtener el pago de una indemnización en virtud del Artículo 58 de la Constitución de Colombia o si los PMA existentes podrían modificarse para dar lugar a un proyecto de gran escala. La Demandada señala que, en la audiencia, la Sra. Vásquez confirmó que al bufete de abogados Cardenas & Cardenas ni siquiera se le solicitó asesoramiento sobre si se autorizaría alguna actividad distinta de aquellas cubiertas por los PMA existentes⁵¹.
- (51) La Demandada también alega que el dictamen de Cardenas & Cardenas contiene algunos errores y que Red Eagle no exhibió ciertos documentos relacionados con su *due diligence*, y que, por ende, el Tribunal debería concluir que no existen documentos adicionales relativos a dicha *due diligence*⁵².
- (52) Soy de la opinión de que la *due diligence* de la Demandante debería evaluarse con el marco regulatorio descrito en la Sección 2.2 *supra* como telón de fondo, con inclusión de la inexistencia de Zonas Excluíbles de la Minería sobre las áreas de los Títulos Mineros en el momento en el que Red Eagle los adquirió, la política de reconocimiento de derechos adquiridos de Colombia y la ausencia

⁴⁸ Véase Cl. PHB, ¶ 30.

⁴⁹ Memorando de *Due Diligence* de Aquaprosesos (Anexo C-603), págs. 24-26. Véase también Resp. PHB, ¶ 38.

⁵⁰ Resp. PHB, ¶ 40.

⁵¹ Resp. PHB, ¶ 44; y Tr. de la Audiencia, Día 2 (español) 360:3-11 (Contrainterrogatorio de Vásquez).

⁵² Resp. Rej., ¶¶ 45-47.

de una delimitación concreta del PS hasta el mes de diciembre de 2014 luego de que Red Eagle hubiera concluido la adquisición de sus Títulos Mineros⁵³.

- (53) Si bien el Atlas del IAVH identificó el ecosistema de páramo en el año 2007, lo hizo a una escala muy grande que no tenía la precisión necesaria para efectuar una determinación definitiva de la medida en que los Títulos Mineros de Red Eagle se superponían con el PS⁵⁴. Luego de la publicación del Atlas del IAVH en el año 2007, Colombia tardó más de siete años en delimitar formalmente el PS por primera vez mediante la Resolución 2090.
- (54) A mi juicio, teniendo en cuenta las regulaciones vigentes en el momento pertinente y ante la inexistencia de Zonas Excluíbles de la Minería definidas cuando Red Eagle adquirió sus títulos, la posición de Colombia en virtud de la cual Red Eagle debía prever cambios normativos futuros y la delimitación del PS carece de todo asidero. En efecto, esa posición, en el supuesto de haberse confirmado, habría implicado, en la práctica, el congelamiento absoluto de todas las inversiones mineras en la región. No podría considerarse razonablemente que las declaraciones y regulaciones generales de Colombia relativas a la protección ambiental hayan sido una advertencia para Red Eagle respecto de cuestiones muy específicas asociadas a la delimitación del PS y al alcance de posibles restricciones futuras, así como de la incertidumbre generada por las medidas y acciones de las autoridades colombianas posteriores a la Resolución 2090. Soy de la opinión de que la posición de Colombia supone trasladar al inversionista la responsabilidad de prever constantemente los posibles cambios en las regulaciones y las demoras del gobierno en la delimitación de los páramos.

- (55) En el mismo sentido, el tribunal en *Eco Oro* señaló lo siguiente:

*"Si Eco Oro debería haber tenido conocimiento de la existencia del páramo, ciertamente, todas las piezas de la maquinaria estatal también deberían haberlo tenido: el Páramo de Santurbán fue identificado como páramo por primera vez ya en el año 1851. Si ha de criticarse a Eco Oro por no entender las posibles implicancias de declaraciones generalizadas sobre protección ambiental en el alcance y la validez de sus derechos de concesión, antes de celebrar el contrato de Concesión, lo mismo debería aplicarse a Colombia. Colombia debería haber entendido que no debía otorgar derechos de concesión sobre tierras con tanta sensibilidad ambiental. Si el Estado no tuvo esta previsión, no puede ser correcto esperar que Eco Oro la tuviera"*⁵⁵. [Traducción del Árbitro Disidente]

- (56) El tribunal en *Eco Oro* concluyó además lo siguiente:

"Eco Oro no podría haber previsto mediante la due diligence la inmensa confusión en el régimen jurídico aplicable generada por las decisiones contradictorias del Estado y las posiciones cambiantes de diferentes órganos

⁵³ Véase *Eco Oro c. Colombia (Anexo CL-285)*, ¶ 499.

⁵⁴ El hecho de que, tal como reconoce la Demandada, las Zonas de Restauración no formaran parte del PS confirmaría que no toda el área identificada en el Atlas del IAVH coincidía con lo que se convirtiera en Zona Excluíble de la Minería (es decir, las Zonas de Preservación).

⁵⁵ *Eco Oro c. Colombia (Anexo CL-285)*, ¶ 695.

estatales, incluidos los más altos tribunales del país, en asuntos vitales en materia ambiental desde el punto de vista estatal e internacional, tales como la delimitación del páramo, que inciden en un recurso natural invaluable tanto para Colombia como para el mundo”⁵⁶. [Traducción del Árbitro Disidente]

- (57) Asimismo, el hecho de que, en el momento de la adquisición por parte de Red Eagle de sus Títulos Mineros, la Constitución de Colombia impusiera la necesidad de mantener un equilibrio entre la protección ambiental y los derechos de propiedad, como así también de que el marco regulatorio de Colombia estableciera de forma activa el desarrollo de la actividad minera e incluyera disposiciones de reconocimiento de derechos adquiridos que protegían los proyectos existentes, generó una expectativa razonable de que los cambios regulatorios que afectarían derechos existentes estarían sujetos a indemnización⁵⁷.

2.5. Conclusiones sobre el Marco Regulatorio y la conducta de las Partes

- (58) En mi opinión, las señales provenientes del marco regulatorio y de las acciones y omisiones de Colombia fueron variadas y poco claras.
- (59) Por una parte, la delimitación del PS fue incierta hasta el dictado de la Resolución 2090 en el mes de diciembre de 2014.
- (60) Tal como se explicara *supra*, la Ley 1382/2010 especificó por primera vez que los ecosistemas de páramo podrían ser declarados Zonas Excluibles de la Minería. Sin embargo, no estableció en sí misma ninguna prohibición de actividades mineras en las áreas de páramo⁵⁸.
- (61) Además, el texto de la Ley 1382 demuestra que era una regulación prospectiva. Si bien contempló la posibilidad de que las autoridades competentes establecieran nuevas Zonas Excluibles de la Minería, no solo su identificación y delimitación estaba sujeta a requisitos específicos, sino que además la ley no identificó cuáles eran las áreas concretas dentro del ecosistema de páramo sujetas a la prohibición de realizar actividades mineras. Sobre este particular, existen pruebas razonables en el expediente según las cuales, en el momento en que Red Eagle adquirió sus Títulos Mineros, no se había aprobado ninguna Zona Excluible de la Minería en relación con las áreas cubiertas por dichos títulos⁵⁹.
- (62) El Atlas del IAVH fue publicado en el año 2007, e identificó en general las áreas de páramo. La escala utilizada por la cartografía era muy grande (1:400.000) (tal como lo demuestra el hecho de que las regulaciones posteriores exigieron que las delimitaciones se realizaran utilizando una escala mucho más precisa), y aunque brindaba una idea general respecto de la ubicación de los páramos y de una posible superposición de los Títulos Mineros de Red Eagle con las áreas de páramo, no constituía una delimitación definitiva y era insuficiente para

⁵⁶ *Id.*, ¶ 696.

⁵⁷ *Id.*, ¶¶ 476 y 768.

⁵⁸ Véase *Eco Oro c. Colombia (Anexo CL-285)*, ¶ 496.

⁵⁹ Véase *Id.*, ¶ 499.

establecer con precisión los detalles y la forma de las áreas ubicadas dentro del PS. Ello queda demostrado por el hecho de que las regulaciones posteriores exigieron que las delimitaciones se llevaran a cabo con una escala mucho más precisa y señalaron que el Atlas del IAVH solo serviría como referencia mínima. Además, toda vez que la Resolución 2090 no incluyó las Zonas de Restauración dentro del PS (y únicamente estableció que estas solo estarían “funcionalmente vinculadas” al PS⁶⁰), esto confirmaría la falta de coincidencia de las áreas identificadas por el Atlas del IAVH como parte del PS con la delimitación efectuada por la Resolución 2090.

- (63) También debería considerarse que el Atlas del IAVH no incluía ninguna prohibición de actividades mineras y Colombia demoró más de siete años hasta que delimitó formalmente los páramos por primera vez en el mes de diciembre de 2014 mediante la Resolución 2090. Las críticas que realiza Colombia a Red Eagle por supuestamente haber pasado por alto las señales derivadas del Atlas del IAVH de 2007, implicarían que incluso en ausencia de una Zona Excluyente de la Minería (exigida por el marco regulatorio para prohibir las actividades mineras) sobre las áreas de sus Títulos Mineros, la Demandante y otros inversionistas en una situación similar deberían haber congelado las inversiones y actividades durante dicho período.
- (64) La Ley 1450 de 2011 fue promulgada después de que la Corte Constitucional de Colombia declarara la inconstitucionalidad de la Ley 1382. Si bien prohibió las actividades mineras en los ecosistemas de páramo y encomendó al Ministerio de Ambiente delimitar los páramos, también representaba una regulación prospectiva, toda vez que se refería a delimitaciones futuras. En efecto, tal como se explicara *supra*, existen pruebas en el expediente de que el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Minas y Energía reconoció en una carta del mes de septiembre de 2011 que no se habían cumplido los requisitos para la delimitación de los páramos.
- (65) La Resolución 937 de 2011 del Ministerio de Ambiente adoptó la cartografía elaborada a escala 1:250.000 por el IAVH para la identificación de los ecosistemas de páramo y estableció que las delimitaciones efectuadas por las autoridades surtirían efectos legales cuando la escala cartográfica fuera igual o más detallada que la escala 1:25.000 (diez veces más detallada tal como preveía la Ley 1450). Esta Resolución no declaró ninguna Zona Excluyente de la Minería.
- (66) Asimismo, a mi juicio, el Artículo 36 del Código de Minas no respalda la posición de Colombia relativa a cuáles deberían haber sido las expectativas de la Demandante. Si bien dicha disposición admite la aplicación retroactiva de la normativa ambiental, exige también una indemnización de conformidad con el Artículo 58 de la Constitución de Colombia en el supuesto de que el inversionista sufra la pérdida de un derecho adquirido.
- (67) También ha quedado demostrado que Colombia emitió varias señales de aprobación. En un plazo de tres años comprendido entre los años 2010 y 2012, las autoridades expedieron 22 aprobaciones en relación con 11 Títulos Mineros. Red Eagle también solicitó y obtuvo la aprobación para la transferencia de los

⁶⁰ Resp. PHB, ¶ 88.

PMA en relación con 4 Títulos Mineros, algunas de las cuales tuvieron lugar con posterioridad al dictado de la Resolución 937 y la promulgación de la Ley 1450. Colombia objetó la relevancia de estas aprobaciones y señaló que la CDMB había advertido a Red Eagle que la actividad minera se encontraba prohibida en los ecosistemas de páramo (aunque reconoció que no tenía la potestad de detener dichas actividades hasta tanto no se efectuara la delimitación definitiva), y que la Demandante tendría que modificar los PMA antes de iniciar las actividades de explotación, así como tener en cuenta las restricciones derivadas de la superposición con el PS. No obstante, ninguna de estas circunstancias sugirió razonablemente el resultado que derivó de la repercusión combinada de la Resolución 2090, la Ley 1753, la Sentencia C-35, la Sentencia T-361 y las comunicaciones posteriores enviadas por las autoridades colombianas, las cuales, en la práctica, impidieron la actividad minera en la totalidad de los Títulos Mineros de la Demandante.

- (68) La Resolución 2090 delimitó el PS por primera vez en el mes diciembre de 2014. La Resolución 2090 implicó un cambio en las normas al crear también por primera vez una Zona Excluyente de la Minería en el PS en las áreas que se superponían con los Títulos Mineros de Red Eagle y al establecer restricciones en las áreas adyacentes, es decir, las Zonas de Restauración.
- (69) En el mes de junio de 2015, Colombia promulgó la Ley 1753 que introdujo cambios a las normas de reconocimiento de derechos adquiridos establecidas por la Resolución 2090. Además, generó cierto grado de incertidumbre en cuanto a si también prohibía la actividad minera en las Zonas de Restauración establecidas por la Resolución 2090.
- (70) En todo caso, la Sentencia C-35 del mes de febrero de 2016 declaró inconstitucional la Ley 1753, y, tal como admitiera Colombia, esto privó de su base legal al régimen de reconocimiento de derechos adquiridos creado por el Artículo 5 de la Resolución 2090. Más allá del debate relativo al alcance, si lo tuviera, del efecto práctico de la Sentencia C-35 en el Proyecto, queda claro que implicó un nuevo cambio de las normas del sector.
- (71) En el mes de mayo de 2017, la Corte Constitucional de Colombia, mediante la Sentencia T-361, declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 2090 y ordenó una nueva delimitación de los páramos la cual tendría lugar en el término de un año sin dar precisiones respecto de los criterios de la nueva delimitación. Esta demora generó más incertidumbre. Más de seis años después, Colombia aún no se ha expedido sobre una nueva delimitación del PS conforme fuera ordenado por la sentencia mencionada.
- (72) La Sentencia T-361 tuvo consecuencias. Tal como se explicara *supra*, posteriormente, la CDMB y la ANM enviaron notificaciones a la Demandante donde se identificaban las áreas de los Títulos Mineros donde no se podían desarrollar actividades mineras con fundamento en la necesidad de aguardar la delimitación definitiva del PS, afectando también partes de las Zonas de Restauración. La CDMB no aprobó la transferencia de los PMA de dos títulos por esos mismos motivos. Las autoridades también se negaron a autorizar a Red Eagle a que conservara las partes de sus Títulos Mineros que no podían ser objeto de explotación económica, lo que representaba un riesgo de perder el título correspondiente. La consecuencia inevitable de estas acciones fue una parálisis de cualquier actividad minera en los títulos de Red Eagle.

- (73) De hecho, estas comunicaciones agravaron la situación de incertidumbre generada por la sucesión de la Resolución 2090, la Ley 1753, la Sentencia C-35 y la Sentencia T-361. Como resultado del efecto práctico combinado de los cambios legislativos y regulatorios referidos, así como de las cartas de las autoridades, la Demandante no pudo llevar a cabo ninguna actividad minera en la totalidad de los Títulos Mineros, incluidas las Zonas de Restauración.
- (74) Lo mencionado *supra* demuestra que Colombia en reiteradas ocasiones modificó sus políticas y normas, alterando significativamente el equilibrio preexistente entre el desarrollo minero y los intereses ambientales incluidos y reconocidos en el marco regulatorio de Colombia en vigor en el momento en el que la Demandante adquirió los Títulos Mineros.
- (75) Asimismo, es también un hecho probado que Colombia tenía la obligación legal de delimitar los páramos y de hacerlo con precisión sobre la base de estudios técnicos, ambientales, sociales y económicos tal como lo exigen la ley aplicable y las resoluciones judiciales⁶¹. Al día de la fecha, la delimitación no ha sido aprobada. Esta falta es una parte esencial de la controversia presentada ante este Tribunal.
- (76) Tal como lo señalara el tribunal en *Eco Oro*, un caso que sustancialmente involucraba las mismas medidas, no parece razonable exigirle a la Demandante que prevea el cambio de políticas y normas, y que realice una *due diligence* que la propia Colombia no realizó al otorgar títulos mineros sobre áreas ambientalmente sensibles⁶². En efecto, ha quedado demostrado que Colombia aprobó la cesión y la inscripción de los Títulos Mineros de Red Eagle, y, posteriormente, la transferencia de los PMA correspondientes a varios títulos teniendo conocimiento de que se encontraban ubicados en el ecosistema de páramo, incluso después de que se publicara el Atlas del IAVH en el año 2007, aunque aún no había tenido lugar una delimitación definitiva del PS. Colombia no dio de baja la inscripción de ninguno de los 5 Títulos Mineros que no contaban con PMA⁶³.

3. Si la Demandante tenía Derechos Adquiridos

- (77) La Demandante alega que, de conformidad con sus Títulos Mineros, adquirió el derecho a la exploración y explotación de los minerales en el subsuelo de esas áreas⁶⁴.
- (78) Tal como se explicara *supra*, la Demandante afirma que Colombia reconoció estos derechos en relación con el proceso de adquisición, transferencia e inscripción de sus 11 Títulos Mineros, el cual, en el transcurso de cuatro años, incluyó 22 aprobaciones distintas por parte de las autoridades colombianas. La Demandante también observa que Colombia aprobó la transferencia de los PMA correspondientes a 4 títulos, otorgó permisos para proteger sus derechos

⁶¹ Véase *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶ 766.

⁶² *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶¶ 695-696 y 766.

⁶³ Cl. Reply, ¶ 137.

⁶⁴ Cl. PHB, ¶¶ 14-15.

existentes al autorizar una suspensión de las actividades de explotación para que Red Eagle pudiera continuar con las actividades de rehabilitación y trabajos exploratorios, y, en el año 2015, adjudicó 5 Contratos de Concesión⁶⁵.

- (79) La Demandante también señala que incluso en relación con la transferencia de uno de los PMA que Colombia no aprobó, la ANM reconoció *de facto* que el título podría operar, al haber solicitado el pago de los seguros, la aprobación del Formato Básico Minero y la aprobación de una declaración de ingresos, entre otras cosas⁶⁶.
- (80) La Demandante también argumenta que, como resultado de sus inversiones en la adquisición de los Títulos Mineros y la transferencia de derechos adquiridos, tenía la posibilidad de proceder con un “programa sistemático de exploración de oro” que no existía solo en los papeles, sino que suponía inversiones, tiempo y esfuerzos reales para realizar trabajos exploratorios⁶⁷. Sobre ese particular, según la Demandante, la necesidad de una aprobación ambiental no modifica la naturaleza del derecho adquirido, ya que esas autorizaciones “*acompañan al derecho, pero ello no significa que dan lugar al derecho, sino que, permiten su ejercicio*”⁶⁸. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (81) Colombia discrepa y arguye que Red Eagle no tenía derecho adquirido alguno para desarrollar el Proyecto, puesto que nunca obtuvo la autorización ambiental (ya sea un PMA o una licencia ambiental) que permitiera su desarrollo. En todo caso, Red Eagle podría haber adquirido el derecho a llevar a cabo actividades de explotación a pequeña escala en determinadas áreas limitadas de conformidad con los términos de sus respectivos PMA. Colombia también aduce que incluso si se hubiera privado a la Demandante de la oportunidad de solicitar dicha licencia, habría sido sumamente improbable que la obtuviera⁶⁹.
- (82) Colombia explica que el reconocimiento de derechos adquiridos establecido por el Artículo 5 de la Resolución 2090 y el Artículo 173 de la Ley 1753 solo es aplicable a las *actividades mineras* que se lleven a cabo en virtud de contratos de concesión o títulos mineros, así como de licencias ambientales o instrumentos de control y manejo ambiental equivalentes, otorgados antes del 9 de febrero de 2010. En opinión de Colombia, el Proyecto no se encontraba cubierto por estas disposiciones de reconocimiento de derechos adquiridos, ya que ese proyecto contemplaba actividades que no eran las actividades mineras contempladas en los PMA existentes o en licencias ambientales expedidas con anterioridad al 9 de febrero de 2010, y, además, Red Eagle jamás realizó actividades mineras conforme a los PMA asociados a 6 de los 11 Títulos Mineros, porque se centró en trabajos exploratorios que no requerían ninguna autorización⁷⁰.
- (83) Colombia también manifiesta que el Proyecto no gozaba de reconocimiento de derechos adquiridos, pues 5 de los 11 Títulos Mineros que componían ese

⁶⁵ Véanse ¶¶ 21-22 *supra*.

⁶⁶ Cl. PHB, Apéndice II, Respuesta a la Pregunta No. 11 del Tribunal.

⁶⁷ Cl. PHB, ¶ 35.

⁶⁸ Cl. PHB, ¶ 15.

⁶⁹ Resp. PHB, ¶¶ 68 y ss.

⁷⁰ Resp. PHB, ¶¶ 78-79.

proyecto, con inclusión de la “insignia” Real Minera, no contaban con ninguna licencia ambiental o instrumento equivalente⁷¹. [Traducción del Árbitro Disidente]

- (84) Colombia explica además que la normativa, incluido el Decreto 1076 de 2015, no autoriza la modificación de un PMA existente para incluir actividades adicionales cuando pretenda incluir actividades sujetas al trámite de obtención de una licencia ambiental en áreas que no se encuentren cubiertas por el PMA existente⁷². En tales casos, debe solicitarse una licencia ambiental nueva. Por lo tanto, sin perjuicio del alcance de las disposiciones de reconocimiento de derechos adquiridos, Red Eagle no podría haber modificado los PMA existentes para incorporar actividades nuevas sujetas al requisito del trámite de obtención de una licencia e inevitablemente habría tenido que solicitar una licencia ambiental nueva⁷³.
- (85) Colombia también alega que, en todo caso, Red Eagle habría renunciado a cualquier derecho en virtud de los PMA existentes cuando en el año 2015 celebró los Contratos de Concesión que establecen en forma expresa que no estaba autorizada la actividad minera en las Zonas de Preservación del PS⁷⁴.
- (86) La Demandante impugna las afirmaciones de Colombia en relación con la interpretación del Decreto 1076 de 2015 y la imposibilidad de modificar los PMA existentes para adaptarlos a un proyecto integrado que incluya los diferentes Títulos Mineros. Según la Demandante, es posible realizar la integración de títulos sin necesidad de contar con una licencia ambiental nueva⁷⁵. En respaldo de su posición, la Demandante invoca y cita el testimonio de los testigos tanto de la Demandante como de la Demandada, los Sres. Franco y Pinzón⁷⁶.
- (87) La Demandante también señala que, en el contrainterrogatorio, el testigo de la Demandada, el Sr. Pinzón, corrigió su testimonio y admitió que efectivamente había recibido de parte de Red Eagle los términos de referencia para sus planes de manejo ambiental; es decir, la Demandante efectivamente había solicitado una modificación de su plan de manejo ambiental⁷⁷.
- (88) La Demandante y la Demandada centran sus argumentos en determinados artículos del Decreto 1076 que, según ellas, sustentan su posición. Sobre la base del expediente, a mi juicio, en virtud del marco regulatorio aplicable, el titular minero tenía derecho a la exploración y explotación de los minerales allí, aunque el ejercicio de este derecho estaría sujeto al cumplimiento de las normas ambientales aplicables y a la aprobación de una licencia ambiental o

⁷¹ Resp. PHB, ¶ 80.

⁷² Decreto 1076 de 2015 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible (Anexo C-791).

⁷³ Resp. PHB, ¶¶ 73-74 y 82.

⁷⁴ Resp. PHB, ¶ 84.

⁷⁵ Cl. PHB, ¶ 43.

⁷⁶ Tr. de la Audiencia, Día 2 (español), 369:14-370:14 (Preguntas del Tribunal a Franco), y Día 3 (español), 604:21-605:3 (Contrainterrogatorio de Pinzón).

⁷⁷ Cl. PHB, ¶43; y Tr. de la Audiencia, Día 3 (español), 638:17-639:6, 640:14-17, 642:19-21 (Contrainterrogatorio de Pinzón).

un instrumento ambiental equivalente⁷⁸. Por ende, independientemente del resultado de cualquier debate sobre cuál es la interpretación correcta de las disposiciones pertinentes del Decreto 1076, al inicio de los Títulos Mineros, Red Eagle, como su titular, tenía derecho a solicitar (i) una modificación de los PMA existentes para adaptarlos a un proyecto de gran escala como el Proyecto, o (ii) la emisión de una nueva autorización ambiental o un instrumento equivalente que cubriera las actividades necesarias para dicho proyecto.

- (89) Colombia argumenta que, en todo caso, resulta “sumamente improbable que Red Eagle hubiera obtenido la autorización ambiental necesaria para desarrollar el Proyecto Aurífero Vetas”⁷⁹. Según Colombia, “de los Recursos Minerales que se tornaron inaccesibles, el 90 % de los Recursos Minerales Indicados y el 33 % de los Inferidos eran recursos a cielo abierto. La minería a cielo abierto destruye el medio ambiente en grandísima medida, y el único proyecto a cielo abierto propuesto en el páramo fue abandonado debido al rechazo social y a su impacto en el páramo”⁸⁰. Colombia señala además que “no existe ni un solo proyecto de gran escala que cuente con una licencia para desarrollar actividades en el páramo, ni una sola compañía en toda Colombia que esté siquiera planeando emprender un proyecto a cielo abierto en el páramo”⁸¹. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (90) Colombia también afirma que la declaración de SRK relativa a los recursos minerales a cielo abierto es “insostenible” a la luz del hecho de que Red Eagle no tenía intención de explotarlos, y que “Red Eagle declaró inequívocamente en su Memorial de Réplica que no pretendía realizar actividades de explotación minera a cielo abierto”⁸². [Traducción del Árbitro Disidente]
- (91) La Demandante disiente de las opiniones de la Demandada sobre estas cuestiones. La Demandante niega haber abandonado su plan de una mina a cielo abierto y aduce que el Concepto Técnico de 2014 elaborado por SRK contemplaba que Real Minera (el título que incluía todos los Recursos Indicados de valor del Proyecto) sería explotada a cielo abierto (mientras que otras partes del proyecto serían explotadas de forma subterránea), y estimó los recursos sobre esa base. Si bien la explotación a cielo abierto era un método conveniente para explotar el título Real Minera, no era el único método disponible para Red Eagle, ya que podría haberse accedido a la mineralización de Real Minera a través de un método subterráneo⁸³.
- (92) La Demandante también arguye que Real Minera era un objetivo obvio para un escenario de minería a cielo abierto, pues el material se encontraba allí en la superficie⁸⁴.
- (93) Además de expresar sus opiniones sobre los motivos que respaldaban su posición de que la minería a cielo abierto era viable, la Demandante señala que

⁷⁸ Véase *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶¶ 439 y 632.

⁷⁹ Resp. PHB, ¶ 75.

⁸⁰ *Id.*, ¶ 120.

⁸¹ *Id.*, ¶ 121.

⁸² *Id.*, ¶ 122.

⁸³ Cl. PHB, ¶¶ 94-96.

⁸⁴ *Id.*, ¶ 96; y Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 908:10-17 (Interrogatorio Directo de SRK).

“es indiscutible que no existe una prohibición de la minería a cielo abierto en Colombia”⁸⁵. [Traducción del Árbitro Disidente]

- (94) Por último, la Demandante sostiene que, en todo caso, renunciar al método de minería a cielo abierto habría dado lugar a la reducción de algunos de sus recursos minerales debido a los costos más elevados de la minería subterránea, pero no a su eliminación total⁸⁶.
- (95) Colombia asevera que las autoridades rechazaron una solicitud ambiental de Eco Oro en un área cercana a los Títulos Mineros de la Demandante debido a su superposición con el PS⁸⁷. En opinión de la Demandada, esto confirmaría que era sumamente improbable que Red Eagle hubiera podido obtener una licencia ambiental para el Proyecto.
- (96) La Demandante afirma que después de que su solicitud ambiental fuera rechazada, Eco Oro volvió a desarrollar su proyecto como una mina subterránea y que la Demandada no ha ofrecido ningún motivo por el cual no podría haberse hecho lo mismo en relación con el Proyecto de Red Eagle. La Demandante observa que, en la Audiencia, el perito de la Demandada, el Sr. Rossi, reconoció que en su informe no había tenido en cuenta esta posibilidad⁸⁸. La resolución del caso *Eco Oro* también plantea dudas sobre los argumentos de Colombia⁸⁹.
- (97) A la luz del debate mencionado *supra*, no puede concluirse con certeza que una solicitud de Red Eagle para modificar sus PMA a fin de adaptarlos a un proyecto de gran escala o una solicitud prospectiva de una nueva licencia ambiental o un instrumento ambiental equivalente inevitablemente habría sido rechazada⁹⁰.
- (98) En función de sus Títulos Mineros y en consideración de la inexistencia de Zonas Excluíbles de la Minería sobre las áreas cubiertas por ellos en el momento de la adquisición de dichos títulos, la Demandante tenía derecho a la exploración y explotación de recursos minerales con sujeción a la obtención de los PMA apropiados o una licencia ambiental equivalente⁹¹. Por lo tanto, parece razonable concluir que el impacto combinado de las medidas de Colombia comenzando con la Resolución 2090, y la incertidumbre y confusión derivadas de ello y de ciertas medidas y acciones incoherentes de la Demandada, privaron a Red Eagle de la posibilidad de acceder a una parte muy sustancial de los recursos minerales de sus Títulos Mineros, y también, al menos, de la oportunidad de (i) modificar los PMA existentes en relación con 4 títulos y los otros 2 PMA cuya transferencia había sido solicitada y que las autoridades no aprobaron a fin de adaptarlos a un proyecto integrado de gran escala como el Proyecto, o (ii) solicitar una nueva licencia ambiental o un instrumento

⁸⁵ *Id.*, ¶¶ 97- 99; y Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 1028:19-1029:7 (Contrainterrogatorio de Rossi). Véanse también Cl. PHB, Apéndice II, Respuesta a las Preguntas No. 19 y 20 del Tribunal.

⁸⁶ Cl. PHB, Apéndice II, Respuesta a la Pregunta No. 20 del Tribunal.

⁸⁷ Resp. C-Mem., ¶¶ 87-95.

⁸⁸ Cl. PHB, ¶ 95.

⁸⁹ Véase *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285).

⁹⁰ Véase *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶ 632.

⁹¹ *Id.*, ¶ 623.

ambiental equivalente que cubriera las actividades nuevas en sus Títulos Mineros a desarrollarse en relación con el Proyecto.

- (99) Como resultado de las medidas y acciones de Colombia es un hecho que Red Eagle perdió la posibilidad de obtener alguno de esos instrumentos en relación con actividades prospectivas dentro de las Zonas de Preservación y las Zonas de Restauración⁹².
- (100) El hecho de que pueda resultar difícil determinar el valor de estos derechos no puede significar que no exista un derecho adquirido en la medida explicada *supra*. La determinación de su valor es una cuestión independiente y distinta⁹³.

4. Impacto de las Medidas

- (101) Según la Demandante, las medidas adoptadas por Colombia hicieron que Red Eagle perdiera el acceso a una mayoría significativa de las reservas auríferas identificadas en su trabajo de exploración, en particular:
- El 100 % de los recursos minerales de clase Indicada divulgados en el Concepto Técnico de SRK de 2014 (el "Concepto de SRK de 2014") se encuentra dentro del Páramo y con restricción minera.
 - El 99 % de la totalidad del recurso se encuentra afectado por la delimitación del Páramo y la Zona de Restauración.
 - El 77 % del oro divulgado en el Concepto de SRK de 2014 está incluido en los 3 Títulos Mineros más ricos en minerales y se encuentra dentro del Páramo y con restricción minera.
 - El 66 % del total del recurso mineral de oro divulgado en el Concepto de SRK de 2014 se encuentra dentro de la restricción del Páramo.
 - El 51 % del total del recurso mineral de plata divulgado en el Concepto de SRK de 2014 se encuentra dentro de la restricción del Páramo⁹⁴.
- (102) La Demandante señala que la Demandada no impugnó ninguna de estas conclusiones y que el perito de Colombia, el Sr. Rossi, confirmó durante la Audiencia que no cuestiona esas conclusiones⁹⁵.
- (103) Con todo, la Demandada impugna la importancia del Concepto de SRK de 2014. Según la Demandada, los recursos minerales declarados por el Concepto de SRK de 2014, y, concretamente, los Recursos Indicados, "*son ilusorios*" y "*nunca hubo perspectivas razonables de una posible extracción económica*"⁹⁶. [Traducción del Árbitro Disidente]

⁹² *Id.*, ¶¶ 632-633.

⁹³ Véase *Eco Oro c. Colombia* (Anexo CL-285), ¶ 439.

⁹⁴ Concepto Técnico de SRK de 2014, ¶¶ 85-93; y Cl. PHB, ¶ 52. Véase también Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 917:4-10 (Interrogatorio Directo de SRK).

⁹⁵ Cl. PHB, ¶ 53; y Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 1056:15-1057:2 (Contrainterrogatorio de Rossi).

⁹⁶ Resp. PHB, ¶ 116.

- (104) La Demandada alega que el Concepto de SRK de 2014 fue elaborado sobre la base de supuestos que no solo son sustancialmente inexactos, sino que además suponen una contradicción directa con el conocimiento contemporáneo de Red Eagle del riesgo del páramo pertinente. Asimismo, la Demandada señala que SRK testificó que no tenía conocimiento de ningún riesgo asociado con la protección de los páramos⁹⁷. La Demandada asevera que el hecho de que SRK no efectuara un análisis independiente denota falta de profesionalismo⁹⁸.
- (105) La Demandada también argumenta que los recursos a cielo abierto no deberían haber sido declarados por el Concepto de SRK de 2014, porque no había perspectiva alguna respecto de su desarrollo, y que de los recursos minerales que se tornaron inaccesibles, el 90 % de los recursos minerales Indicados y el 33 % de los Inferidos eran a cielo abierto⁹⁹.
- (106) La Demandada también afirma que *“si las perspectivas de Red Eagle respecto de la obtención de una licencia no eran nulas, en el mejor de los casos, serían sumamente especulativas”*¹⁰⁰. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (107) La Demandada también aduce que los Títulos Mineros de Red Eagle no perdieron su valor por las medidas adoptadas por Colombia, ya que conservaban el potencial de exploración¹⁰¹. La Demandante advierte que, en el contrainterrogatorio, el perito de Colombia, el Sr. Rossi, reconoció que los objetivos de exploración no pueden sustentar la viabilidad económica del Proyecto (la cual solo puede basarse en Recursos Indicados y Medidos), y que admitió que su análisis se basaba en el supuesto incorrecto de que la minería estaba permitida en las áreas del Proyecto que fueron designadas como Zonas de Restauración (amarillo)¹⁰².
- (108) En relación con el impacto de las medidas de la Demandada que dieron lugar a la controversia, ambas Partes han abordado ampliamente en sus escritos y en la Audiencia las implicancias jurídicas de la situación de los Títulos Mineros de Red Eagle y de las distintas leyes, regulaciones, sentencias y otras acciones de las autoridades de Colombia. Estos argumentos han sido sintetizados en las secciones precedentes de esta Opinión Disidente¹⁰³. Por tanto, para evitar reiteraciones, solo me referiré brevemente a las posiciones respectivas de las Partes.
- (109) La Demandada arguye que el Proyecto no gozaba de reconocimiento de derechos adquiridos en virtud de la Resolución 2090 o la Ley 1753, puesto que, entre otros motivos, contemplaba actividades que no eran actividades mineras desarrolladas de conformidad con una licencia ambiental o un instrumento

⁹⁷ *Id.*, ¶ 117. Véase también Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 939:15-940:9 (Contrainterrogatorio de Dishaw).

⁹⁸ Resp. PHB, ¶ 119.

⁹⁹ Resp. PHB, ¶ 120. Véanse también ¶¶ 89-96 *supra*.

¹⁰⁰ Resp. PHB, ¶ 137. Véanse también ¶¶ 89-90 *supra*.

¹⁰¹ Resp. PHB, ¶ 112.

¹⁰² Cl. PHB, ¶¶ 54-56.

¹⁰³ Véase Sección 2 *supra*.

equivalente que se hubiera expedido antes del 9 de febrero de 2010¹⁰⁴. Colombia también aduce que, en la práctica, las distintas medidas no tuvieron implicancias en los derechos de Red Eagle ni en el área y el desarrollo del Proyecto, ni introdujeron restricciones adicionales¹⁰⁵.

- (110) La Demandante se centra en la serie de acciones de las autoridades de Colombia que reconocieron los Títulos Mineros y el derecho a la explotación asociado a ellos, en su capacidad de modificar los PMA existentes o de solicitar una licencia ambiental nueva, así como en los reiterados cambios en las normas y en los criterios regulatorios, y las incertidumbres y la confusión derivadas de la Resolución 2090, la Ley 1753, la Sentencia C-35, la Sentencia T-361 y las comunicaciones emitidas por la ANM y la CDMB, y su efecto práctico en la prohibición de la minería en la totalidad de las áreas cubiertas por los Títulos Mineros¹⁰⁶.
- (111) La Demandada también alega que la Demandante reconoció en presentaciones públicas y en la Discusión y Análisis de Gestión (“MD&A”, por sus siglas en inglés) correspondiente al primer trimestre de 2016, tras el dictado de la Sentencia C-35, que las medidas de Colombia no habían afectado el Proyecto o sus Títulos Mineros, y que no dio de baja el Proyecto Vetas¹⁰⁷. La Demandada también cita la MD&A correspondiente al primer trimestre de 2018 en la cual Red Eagle declaró que la empresa “*podrá desarrollar la propiedad Vetas Gold*” y una presentación realizada por el Sr. Slater, director general de Red Eagle, en una conferencia en Vancouver en el mes de mayo de 2018 en la que no mencionó que el Proyecto hubiera sido destruido por las medidas adoptadas por Colombia¹⁰⁸. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (112) La Demandante responde estos argumentos y señala que Colombia continuó exigiendo el cumplimiento de las restricciones mineras incluso luego de que la Corte Constitucional mediante la Sentencia T-361 resolviera que la Resolución 2090 que había delimitado los páramos era inconstitucional. Como resultado de esta decisión y mientras estuviese pendiente la delimitación definitiva de los páramos tal como lo ordenara dicha Corte, las autoridades prohibieron la minería en la totalidad de los Títulos Mineros de Red Eagle, incluso en las Zonas de Restauración (amarillo), y se abstuvieron de aprobar cualquier transferencia o de actualizar los PMA. El perito de la Demandante, el Sr. Dishaw, declaró que tenían la impresión de que la minería únicamente se encontraba restringida en las Zonas de Preservación (verde), pero no en las Zonas de Restauración¹⁰⁹.
- (113) Más allá de las opiniones divergentes de las Partes sobre la mayoría de las cuestiones pertinentes, a mi juicio, tal como se explicara *supra*, los reiterados cambios de las normas impuestos por Colombia desde la Resolución 2090, así como la incertidumbre y la confusión derivadas de ello y de las incoherencias de algunas de estas medidas y acciones, tuvieron el efecto combinado de

¹⁰⁴ Resp. PHB, ¶¶ 77-86.

¹⁰⁵ *Id.*, ¶¶ 87-105.

¹⁰⁶ Véanse Secciones 2 y 3 *supra*.

¹⁰⁷ Resp. PHB, ¶¶ 95-103. Véase también Resp. C-Mem., ¶ 463.

¹⁰⁸ Resp. PHB, ¶¶ 103 y 109-111.

¹⁰⁹ Cl. PHB, ¶¶ 57-60.

impedir que Red Eagle pudiera acceder a una parte muy sustancial de los recursos minerales de sus Títulos Mineros. También privaron a la Demandante, al menos, de la oportunidad de modificar los PMA existentes para adaptarlos a un proyecto integrado de gran escala como el Proyecto o solicitar una nueva licencia ambiental o un instrumento equivalente para dicho proyecto.

- (114) La incertidumbre asociada al hecho de que la viabilidad de los proyectos de exploración, tales como las actividades de la Demandante, sea confirmada en una etapa de pre-viabilidad o de viabilidad posterior, y que sea difícil determinar su valor, no significa que estos proyectos no tengan valor alguno. Estas y las demás incertidumbres identificadas por la Demandada, tales como aquellas relacionadas con la viabilidad de la minería a cielo abierto en el contexto de los páramos y su impacto en el volumen de los recursos mineros recuperables, en particular, los Recursos Indicados, y el riesgo del trámite de obtención de una licencia ambiental del Proyecto, generan un impacto en el valor del proyecto de Red Eagle y en la indemnización que correspondería pagar a la Demandante por haber sido privada de la pérdida de oportunidad referida. Esta cuestión será abordada en la Sección 6 *infra*.

5. ¿Violó Colombia el Tratado?

5.1. Artículo 805 del ALC

- (115) Las Partes debatieron ampliamente las cuestiones relativas al alcance del nivel mínimo de trato (“NMT”), la medida en la que evolucionó dicho estándar y su convergencia con el estándar de trato justo y equitativo (“TJE”), y, concretamente, si el NMT abarca la protección de, *inter alia*, las expectativas legítimas y la transparencia¹¹⁰. El Laudo también ha sintetizado las posiciones de ambas Partes en la Sección VI¹¹¹.

- (116) El Artículo 805 exige a cada una de las partes contratantes lo siguiente:

“1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el ‘trato justo y equitativo’, así como ‘protección y seguridad plenas’. Los conceptos de ‘trato justo y equitativo’ y ‘protección y seguridad plenas’ no requieren un trato adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario.

2. La obligación en el párrafo 1 de otorgar ‘trato justo y equitativo’ incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos, de conformidad con el principio del debido proceso.

¹¹⁰ Cl. Mem. Sección III-B-1; Cl. Reply, Sección IV-A-1; Resp. C-Mem, Sección VII-B; y Resp. Rej. Sección VIII-A.

¹¹¹ Véase Laudo, Sección VI-B-1.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo”¹¹².

- (117) Tal como se mencionara, las Partes discrepan respecto de la relación entre el NMT y el TJE. El punto de partida del análisis debería ser el texto del Tratado.
- (118) Al expresar que las Partes Contratantes deben otorgar a las inversiones “un trato acorde con el estándar mínimo de tratamiento de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluido el ‘trato justo y equitativo’”, el Artículo 805 del Tratado indica que el TJE es considerado parte del derecho internacional. Con todo, al aclarar esta norma, su párrafo 1 especifica que el concepto de trato justo y equitativo “no requiere[] un trato adicional o más allá de aquel exigido por el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario”.
- (119) Esto solo puede significar que el TJE es prescrito por el Artículo 805 del Tratado en la medida en que ese estándar de trato sea obligatorio en virtud del nivel mínimo del derecho internacional consuetudinario.
- (120) Lo anterior deriva en la cuestión relativa al contenido del NMT y de la obligación de TJE incorporada a él.
- (121) En la actualidad, se encuentra ampliamente aceptado que, a la luz del carácter evolutivo del concepto de nivel mínimo de trato del derecho internacional, el criterio del umbral elevado formulado hace casi un siglo en *Neer*¹¹³ ha dejado de ser el aplicable. Por ende, la mayoría de los tribunales rechazan la idea de que, actualmente, la existencia de un incumplimiento del NMT solo puede determinarse en presencia del comportamiento “atroz” descrito en *Neer* y en las decisiones ulteriores en igual sentido¹¹⁴.
- (122) Además, varios tribunales han establecido que existe una convergencia entre el trato garantizado por el NMT y el TJE¹¹⁵.

¹¹² Tratado (Anexo CL-1), Artículo 805.

¹¹³ *L.F.H. Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos (“Neer”)* (1926) (Anexo RL-64).

¹¹⁴ *William Ralph Clayton y otros c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (“*Clayton c. Canadá*”) (Anexo CL-114), ¶¶ 433 y 440; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Capítulo Once, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 (“*Mondev c. Estados Unidos*”) (Anexo CL-28), ¶¶ 116-119 y 123-125; *ADF Group Inc. c. Estados Unidos de América*, TLCAN, Capítulo Once, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003 (“*ADF Group c. Estados Unidos*”) (Anexo CL-30), ¶ 179; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, TLCAN, Capítulo Once, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (“*Waste Management c. México*”) (Anexo CL-32), ¶¶ 91, 93 y 98; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. El Gobierno de Canadá*, TLCAN, Capítulo Once, CNUDMI, Laudo, 21 de marzo de 2010 (“*Merril c. Canadá*”) (Anexo CL-79), ¶¶ 207-208, 210- 213; y *Eco Oro*, ¶ 744.

¹¹⁵ *Merril c. Canadá* (Anexo CL-79), ¶¶ 207-208, 210-213; *Clayton c. Canadá* (Anexo CL-114), ¶ 433; *Pope & Talbot Inc c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo, 10 de abril de 2001 (“*Pope & Talbot c. Canadá*”) (Anexo CL-262), ¶ 118; *Railroad Development Corporation c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/07/23, Laudo, 29 de junio de 2012 (“*RDC c. Guatemala*”) (Anexo CL-98), ¶ 219; *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajistán*, Caso CIADI No ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (“*Rumeli c. Kazajistán*”) (Anexo CL-

- (123) No obstante, numerosos tribunales de inversión han concluido que el umbral para el incumplimiento del NMT es alto¹¹⁶, y que debería darse gran deferencia y margen de apreciación al criterio gubernamental en determinadas cuestiones¹¹⁷.
- (124) Además del nivel de protección al que los inversionistas tienen derecho en virtud del NMT, las Partes también discrepan respecto de cuáles son las obligaciones específicas comprendidas en la protección del NMT conforme al Artículo 805 del Tratado, con inclusión de las expectativas legítimas y la transparencia. En particular, la Demandada sostiene que el NMT no incluye los conceptos de expectativas legítimas y transparencia¹¹⁸. El Laudo también presenta una síntesis de las posiciones respectivas de las Partes sobre estas cuestiones¹¹⁹. Por lo tanto, no reproduciré este debate.
- (125) Varios tribunales de arbitraje en materia de inversiones han planteado el concepto de expectativas legítimas dentro del alcance de las disposiciones relativas al trato de extranjeros en virtud del NMT. Conforme a la jurisprudencia, la protección de las expectativas legítimas emana del principio de buena fe del derecho internacional consuetudinario¹²⁰.
- (126) Varios tribunales constituidos con arreglo al TLCAN han reconocido que las expectativas legítimas que cumplan determinados requisitos, incluso haciendo

63), ¶ 611; *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 ("*Duke c. Ecuador*") (Anexo CL-65), ¶ 337; *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 ("*Azurix c. Argentina*") (Anexo CL-44), ¶¶ 361 y 364; y *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 ("*Bewater Gauff c. Tanzania*") (Anexo CL-62), ¶ 592.

¹¹⁶ *International Thunderbird Gaming Corporation c. Los Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 ("*Thunderbird c. México*") (Anexo CL-42), ¶ 194; *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 ("*Al Tamimi c. Omán*") (Anexo RL-114), ¶ 382; *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2008 ("*Glamis c. Estados Unidos de América*") (Anexo CL-61), ¶ 614.

¹¹⁷ *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 ("*S.D. Myers c. Canadá*") (Anexo CL-20), ¶ 261; *Thunderbird c. México* (Anexo CL-42), ¶ 127; *Philip Morris Brands SARL, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016 ("*Philip Morris c. Uruguay*") (Anexo RL-118), ¶ 399; *Glamis c. Estados Unidos de América* (Anexo RL-61), ¶ 80; *RREEF Infrastructure (G.P.) Limited y RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/30, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños, 30 de noviembre de 2018 ("*RREEF c. España*") (Anexo RL-128), ¶ 468; y *Electrabel S.A. c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Derecho Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 ("*Electrabel c. Hungría*") (Anexo RL-107), ¶ 8.35.

¹¹⁸ Cl. Mem., ¶¶ 128-146; Cl. Reply, ¶¶ 428-429; Resp. C-Mem., ¶¶ 396-403; Resp. Rej., ¶¶ 304, 306-316 y 333-335.

¹¹⁹ Laudo, ¶¶ 179-227 y 228-282.

¹²⁰ *Thunderbird c. México* (Anexo CL-42), ¶ 147; *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 ("*El Paso c. Argentina*") (Anexo CL-89), ¶ 348; y *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 ("*Tecmed c. México*") (Anexo CL-31), ¶ 153.

referencia a un estándar objetivo, se encontraban protegidas en virtud del Artículo 1105¹²¹.

- (127) Asimismo, varios tribunales han incluido dentro del concepto de expectativas legítimas la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico y de las decisiones preexistentes del gobierno¹²².
- (128) En función de lo expuesto *supra*, en mi opinión, si bien los requisitos para determinar que existe una violación del NMT previsto en el Artículo 805 del Tratado son estrictos, este incluye la obligación de no frustrar las expectativas legítimas del inversionista, siempre que sean razonables y objetivas a la luz de las circunstancias y la conducta del Estado¹²³.
- (129) Si bien la intención dolosa, la negligencia manifiesta y la mala fe no son elementos necesarios del NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario¹²⁴, *“debe existir algún factor agravante de modo tal que los actos identificados comprendan más que un apartamiento menor del trato que se considere internacionalmente aceptable (...) al contrastarlo con la gran medida de deferencia que el derecho internacional presta a los Estados para regular asuntos dentro de sus propias fronteras”*¹²⁵. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (130) Por ende, si bien comparto la opinión de que el NMT ha evolucionado y hoy en día es más amplio que el estándar establecido en *Neer*, al analizar si la conducta de Colombia infringe el Artículo 805 del Tratado, no consideraré el TJE como estándar autónomo, sino como estándar mínimo tal como se describiera *supra* sin interpretar ampliamente la obligación de Colombia en virtud de él.
- (131) Sobre la base de los antecedentes de hecho y normativos descritos en las Secciones 2 y 3 *supra*, a mi juicio, en el momento de la adquisición de los Títulos Mineros, Red Eagle tenía expectativas legítimas de que: (i) tendría derecho a desarrollar actividades de exploración y explotación en las áreas cubiertas por ellos, incluido el derecho a solicitar la emisión de las licencias ambientales necesarias o su equivalente; (ii) en el supuesto de que Colombia fuera a privarla de alguna parte de dichos derechos (incluido el derecho a adaptar los PMA existentes a un proyecto integrado de gran escala como el Proyecto o a solicitar

¹²¹ *Glamis c. Estados Unidos de América (Anexo CL-61)*, ¶ 621; *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012 (*“Mobil c. Canadá”*) (Anexo CL-95), ¶ 152; y *Clayton c. Canadá (Anexo CL-114)*, ¶¶ 445 y 455.

¹²² *Saluka Investments BV (Países Bajos) c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción y Fondo, 17 de marzo de 2006 (*“Saluka c. República Checa”*) (Anexo CL-18), ¶ 301; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre Responsabilidad, 30 de julio de 2010 (*“Suez c. Argentina”*) (Anexo CL-81), ¶ 222; *El Paso c. Argentina (Anexo CL-89)*, ¶¶ 513-514 y 517; *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. La República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 (*“ADC c. Hungría”*) (Anexo CL-47), ¶¶ 423-424; *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.l. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/13/36, Laudo, 4 de mayo de 2017 (*“Eiser c. España”*) (Anexo CL-124), ¶ 425; y *Tecmed c. México (Anexo CL-31)*, ¶ 154.

¹²³ Véase, por ejemplo, *El Paso c. Argentina (Anexo CL-89)*, ¶¶ 356-359.

¹²⁴ *Id.*, ¶ 357; *Mondev c. Estados Unidos (Anexo CL-28)*, ¶ 116; y *BG Group Plc. c. La República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007 (*“BG c. Argentina”*) (Anexo CL-55), ¶ 301.

¹²⁵ *Eco Oro c. Colombia (Anexo CL-285)*, ¶ 755.

una nueva licencia ambiental o su equivalente a tal efecto), Colombia le pagaría una indemnización; y (iii) Colombia garantizaría un marco jurídico previsible para la planificación de negocios y las inversiones en las actividades mencionadas.

- (132) Tal como se explicara en la Sección 2, Colombia modificó en reiteradas ocasiones sus políticas y normas que rigen las actividades cubiertas por los Títulos Mineros de Red Eagle. La Resolución 2090 de diciembre de 2014 implicó un cambio en las normas al crear por primera vez una Zona Excluíble de la Minería en áreas que se superponían con los Títulos Mineros de la Demandante y estableció restricciones en las áreas adyacentes (Zonas de Restauración) que se superponían también con dichos títulos. En el mes de junio de 2015, Colombia promulgó la Ley 1753 que introdujo cambios a las normas de reconocimiento de derechos adquiridos establecidas por la Resolución 2090. Algunos de los cambios posteriores eran incompatibles con los cambios previos, como, por ejemplo, el caso de la Ley 1753 y la Sentencia C-35. Esta sentencia resolvió que el régimen de transición establecido por la Ley 1753 era inconstitucional, porque consideró que autorizar la continuidad de las actividades mineras en los páramos no protegía a estos de las consecuencias perjudiciales de la extracción de minerales. La Sentencia C-35 no solo supuso un cambio de normas y criterios en la medida en que estableció que las protecciones ambientales se imponían sobre los derechos adquiridos de los inversionistas, sino que, además, al eliminar el régimen de reconocimiento de derechos adquiridos de la Ley 1753, privó al Artículo 5 de la Resolución 2090 de su base legal, y como consecuencia, dicho régimen quedó derogado¹²⁶.
- (133) En el mes de mayo de 2017, la Sentencia T-361 implicó un nuevo cambio en las normas, ya que declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 2090 y ordenó una nueva delimitación de los páramos la cual tendría lugar en el término de un año.
- (134) Además de los reiterados cambios regulatorios, a través de sus constantes omisiones, acciones y comportamiento incoherente, Colombia generó incertidumbre, que, sumada a las modificaciones de las normas, en la práctica, tornó inviable las actividades mineras en la totalidad de los Títulos Mineros de Red Eagle, incluso en las Zonas de Restauración¹²⁷.
- (135) Si bien el Atlas del IAVH de 2007 incluía una delimitación preliminar de los páramos a gran escala, Colombia demoró más de siete años hasta que delimitó los páramos en el mes diciembre de 2014 a una escala más precisa mediante la Resolución 2090. Las regulaciones fluctuantes de Colombia generaron incertidumbre y confusión, cuando, por ejemplo, la Ley 1753 planteó dudas respecto de si también había prohibido la actividad minera en las Zonas de Restauración. Esta situación empeoró, cuando, tal como se explicara, la Sentencia C-35 privó al régimen de reconocimiento de derechos adquiridos vigente en ese momento de su base legal¹²⁸.

¹²⁶ Véanse Secciones 2.3 y 2.5 *supra*.

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

- (136) La incertidumbre y confusión aumentaron con la Sentencia T-361 cuando declaró la inconstitucionalidad de la Resolución 2090 y ordenó una nueva delimitación de los páramos más expansiva que la establecida por la Resolución 2090, pero sin brindar precisiones en cuanto al significado de tal pronunciamiento en términos de si la nueva delimitación abarcaría territorios adicionales o áreas diferentes o tendría otra forma, afectando así toda planificación de actividades mineras en los Títulos Mineros de Red Eagle. Además, si bien la Sentencia T-361 ordenó que la nueva delimitación fuera efectuada en el término de un año, más de seis años después, Colombia sigue sin expedirse sobre una nueva delimitación del PS. Como era de esperar, esta incertidumbre impidió el desarrollo de las actividades mineras en los Títulos Mineros de Red Eagle, toda vez que llevó a las autoridades mineras, mientras estuviese pendiente la delimitación del PS, a emitir notificaciones para detener cualquier actividad minera o rechazar la aprobación de la transferencia a la Demandante de determinados PMA existentes. Las autoridades también se negaron a autorizar a Red Eagle a que conservara las partes de sus Títulos Mineros que no podían ser objeto de explotación en estas circunstancias, lo que representaba un riesgo de perder el título correspondiente¹²⁹.
- (137) Dichos cambios constantes y, en algunas ocasiones, decisiones contradictorias de las diferentes autoridades de Colombia, así como la incertidumbre resultante, originada - *inter alia* - por su (continua) demora en la delimitación de los páramos, derivaron en lo que el tribunal en *Eco Oro* caracterizó como una "montaña rusa regulatoria" y una situación de "limbo" para los inversionistas en el sector minero¹³⁰. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (138) En mi opinión, si bien no existen pruebas de que Colombia haya actuado de mala fe, la confusión e incertidumbre generadas por las acciones y omisiones de la Demandada antes referidas consideradas en su conjunto, equivalen a un incumplimiento de la obligación de garantizar un marco regulatorio previsible y estable que constituye una instancia de injusticia notoria y arbitrariedad manifiesta que se encuentra por debajo de los estándares internacionales aceptables. No se trata de un apartamiento menor de las obligaciones internacionales de Colombia ni de una incongruencia o deficiencia de conducta menor, sino de un comportamiento que constituye un incumplimiento de la obligación de otorgar a la inversión de Red Eagle un trato conforme al nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluida la obligación de otorgar un trato justo y equitativo tal como exige el Artículo 805 del Tratado.
- (139) La Demandada ha alegado a lo largo de este arbitraje que la Demandante no tenía expectativas legítimas respecto de la posibilidad de desarrollar el Proyecto, debido a la ausencia de declaraciones específicas de parte de las autoridades colombianas de que no impondrían una prohibición o restricciones a las actividades mineras en las áreas de páramo cubiertas por los Títulos Mineros de Red Eagle, y a la ausencia de una *due diligence* de la Demandante

¹²⁹ *Id.*

¹³⁰ *Eco Oro c. Colombia (Anexo CL-285)*, ¶¶ 695-696, 791, 806 y 814-815.

que la hubiera alertado respecto de la existencia del riesgo de dicha prohibición de la minería en los páramos¹³¹.

- (140) En la Sección 2.4 *supra*, abordé la cuestión relativa a la *due diligence* y concluí que al evaluarla con el marco regulatorio en vigor cuando Red Eagle adquirió los Títulos Mineros y la inexistencia de Zonas Excluibles de la Minería en las áreas cubiertas por dichos títulos en dicho momento como telón de fondo, la posición de Colombia sobre este punto supone trasladar al inversionista la responsabilidad de prever los constantes cambios en la normativa y las demoras en la delimitación de los páramos¹³².
- (141) En cuanto a la cuestión del alcance, especificidad e importancia de las declaraciones efectuadas por la Demandada, tal como se explicara *supra*, la violación por parte de Colombia del Artículo 805 del Tratado se deriva de una serie de acciones y omisiones descritas en esta Opinión, incluido el hecho de no haber realizado la delimitación del PS de una manera precisa y definitiva, que consideradas en su conjunto, exceden la cuestión relativa al incumplimiento de una declaración específica, y constituyen, en cambio, un comportamiento de injusticia notoria y arbitrariedad manifiesta que se encuentra por debajo de los estándares internacionales aplicables.

5.2. Artículo 2201(3) del ALC

- (142) La Demandante¹³³ y la Demandada¹³⁴ también analizaron el significado y las implicancias del Artículo 2201(3) del Tratado. Por lo tanto, no reproduciré este debate.
- (143) El Artículo 2201(3) dispone lo siguiente:
- “3. Para efectos del Capítulo Ocho (Inversión); sujeto al requisito de que tales medidas no sean aplicadas de una manera que constituya discriminación arbitraria o injustificada entre inversiones o entre inversionistas, o sea una restricción encubierta al comercio internacional o la inversión, nada en este Acuerdo se interpretará de manera que impida a una Parte adoptar o aplicar medidas necesarias:*
- (a) para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal[, lo que las Partes entienden que incluye las medidas medioambientales necesarias para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal];*
 - (b) para asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentos que no sean incompatibles con este Acuerdo; o*
 - (c) para la conservación de recursos naturales agotables vivo o no vivos”¹³⁵.*

¹³¹ Véase Sección 2.4 *supra*.

¹³² Véanse ¶¶ 54-57 *supra*.

¹³³ Cl. Reply, ¶¶ 557-593; y Cl. PHB, ¶¶ 31-35.

¹³⁴ Resp. C-Mem., ¶¶ 488-505; Resp. Rej., ¶¶ 397-413; y Resp. PHB, ¶¶ 60-67.

¹³⁵ Tratado (Anexo CL-1), Artículo 2201(3).

- (144) El Tratado recepta diversas disposiciones en virtud de las cuales las protecciones de las inversiones no están subordinadas a las protecciones ambientales, sino que ambos tipos de protecciones se apoyan mutuamente¹³⁶.
- (145) Las disposiciones del Tratado se deben analizar de forma conjunta. Sobre esta base, se puede inferir razonablemente que si la intención de Canadá y Colombia hubiera sido que una medida adoptada de conformidad con el Artículo 2201(3) no conllevara ninguna responsabilidad de indemnizar, se esperaría que este Artículo se hubiera redactado en términos similares al Anexo 811(2)(b), que excluye expresamente la caracterización de expropiación indirecta con respecto a cualquier medida que reúna los requisitos establecidos en dicho Anexo¹³⁷ y, por ende, exime de la responsabilidad de indemnizar. Tal como afirmara el tribunal en *Eco Oro*, “*simplemente no es creíble que las Partes Contratantes dejaran implícita una disposición tan importante de exención de responsabilidad al considerar la aplicación del Artículo 2201(3)*”¹³⁸. [Traducción del Árbitro Disidente]
- (146) Asimismo, si se interpretara que el Artículo 2201(3) exime de responsabilidad en las circunstancias allí contempladas por cualquier daño causado por Colombia como resultado del incumplimiento de sus obligaciones en virtud del Capítulo Ocho del Tratado, el texto del Anexo 811 se volvería entonces innecesario o redundante¹³⁹.
- (147) Por consiguiente, a mi juicio, el Artículo 2201(3) del Tratado no necesariamente excluye la ilicitud de una acción o conducta del Estado en violación del Tratado como el Artículo 805.
- (148) Sobre este particular, el Artículo 2201(3) del Tratado no es comparable con determinadas disposiciones receptadas en algunos tratados bilaterales de inversión que prevén que no se impide al Estado adoptar ciertas medidas en circunstancias excepcionales. Esto es lo que sucede en el caso del Artículo XI del tratado bilateral de inversión Argentina-EE. UU., que establece: “*El presente*

¹³⁶ Véase, por ejemplo, Artículo 1701: “*Afirmaciones. (1) Las Partes reconocen que cada Parte tiene derechos soberanos y responsabilidades en conservar y proteger su medio ambiente y afirman sus obligaciones ambientales de conformidad con su legislación nacional, así como sus obligaciones internacionales de conformidad con los acuerdos multilaterales ambientales de los cuales sean parte. (2) Las Partes reconocen el apoyo mutuo entre políticas comerciales y ambientales y la necesidad de implementar este Acuerdo de una forma compatible con la protección y conservación ambiental y el uso sostenible de sus recursos*”. El Artículo 1704 establece lo siguiente: “[l]as Partes reconocen la importancia de balancear las obligaciones comerciales y ambientales, y afirman que el Acuerdo sobre Medio Ambiente complementa este Acuerdo y que los dos se apoyan mutuamente”. Tratado (Anexo CL-1), Artículos 1701 y 1704 (énfasis agregado).

¹³⁷ Anexo 811(2)(b): “*Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta*”. Tratado (Anexo CL-1), Anexo 811 (énfasis agregado).

¹³⁸ *Eco Oro c. Colombia* (Anexo C-285), ¶ 829.

¹³⁹ Canadá respaldó la opinión de Colombia respecto de las consecuencias del Artículo 2201(3) del Tratado. Véase Presentación de Parte No Contendiente de Canadá, ¶¶ 48-56. No obstante, la manifestación de esta opinión no constituye una declaración conjunta de carácter vinculante con arreglo al Tratado.

Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”¹⁴⁰.

- (149) Las circunstancias excepcionales a las que hace referencia la disposición referida no resultan equiparables a las recogidas en el Artículo 2201(3).
- (150) Incluso en el supuesto de que el Artículo 2201(3) descartara la ilicitud de una acción de Colombia por lo demás violatoria del Tratado, el derecho internacional prevé situaciones en las que la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud no exime de la obligación de indemnizar. Tal es el caso del Artículo 27(b) del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la CDI.
- (151) El Artículo 27(b) mencionado *supra* reza del siguiente modo:
“Consecuencias de la invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud. La invocación de una circunstancia que excluye la ilicitud en virtud del presente capítulo se entenderá sin perjuicio de ... (b) La cuestión de la indemnización de cualquier pérdida efectiva causada por el hecho en cuestión”¹⁴¹.
- (152) Por ende, en mi opinión, el Artículo 2201(3) del Tratado no exime a Colombia de la obligación de indemnizar a Red Eagle por los daños causados por la violación del Artículo 805 de dicho acuerdo.

5.3 Artículo 811 del ALC

- (153) El Laudo describe en detalle la posición de las Partes sobre si las medidas de Colombia constituyeron una expropiación de la inversión de la Demandante¹⁴².
- (154) La reclamación de la Demandante versa sobre la expropiación indirecta¹⁴³ y se basa en el Artículo 811 del Tratado. El concepto de expropiación indirecta se establece en el Anexo 811(2) del Tratado que dispone lo siguiente:
“2. La segunda situación es la expropiación indirecta, que resulta de una medida o de una serie de medidas de una Parte que tienen un efecto equivalente a una expropiación directa sin que medie una transferencia formal del título o derecho de dominio.
(a) La determinación acerca de si una medida o una serie de medidas de una Parte constituyen una expropiación indirecta exige un análisis caso a caso, basado en los hechos y considerando:

¹⁴⁰ Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 14 de noviembre de 1991 y en vigor desde el 20 de octubre de 1994, Artículo XI.

¹⁴¹ Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (2001) (Anexos CL-17/CL-202/RL-115).

¹⁴² Véase Sección VI-C-1 del Laudo.

¹⁴³ Cl. Mem., ¶ 168.

- (i) *el impacto económico de la medida o de la serie de medidas, aunque el simple hecho de que la medida o la serie de medidas de una Parte genere un impacto económico adverso sobre el valor de una inversión no implica que se haya producido una expropiación indirecta,*
 - (ii) *el alcance en el que la medida o serie de medidas interfiere con expectativas distinguibles y razonables de la inversión, y*
 - (iii) *el carácter de la medida o de la serie de medidas;*
- (b) *Excepto en circunstancias extraordinarias, tales como cuando una medida o una serie de medidas sea tan estricta a la luz de su objetivo que no pueda ser razonablemente percibida como que fue adoptada de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que sean diseñadas y aplicadas para proteger objetivos legítimos de bienestar público, por ejemplo la salud, la seguridad y la protección del medio ambiente, no constituyen expropiación indirecta”¹⁴⁴.*
- (155) Por lo tanto, para que su reclamación de expropiación prospere, la Demandante debe demostrar que (a) tenía derechos adquiridos que configuraban inversiones cubiertas por el Tratado en el momento de las medidas de Colombia; y (b) que el análisis basado en los hechos que debe realizarse de conformidad con el Anexo 811(2)(a) lleva a la conclusión de que las medidas constituyen una expropiación indirecta considerando, entre otros factores, (i) el impacto económico de las medidas; (ii) el alcance en el que las medidas interfieren con expectativas distinguibles y razonables de la inversión; y (iii) el carácter de las medidas.
- (156) En las Secciones 4 y 5 *supra*, arribé a la conclusión de que, en mi opinión, las medidas y acciones de Colombia privaron a Red Eagle de determinados derechos adquiridos, incluido el acceso a una parte muy sustancial de los recursos minerales de sus Títulos Mineros y la oportunidad de adaptar sus PMA existentes a un proyecto de minería de gran escala o solicitar una nueva licencia ambiental o un instrumento equivalente. Asimismo, concluí que estos derechos tenían valor económico, aunque su valor pueda ser difícil de determinar.
- (157) Sin embargo, estoy de acuerdo con la Demandada y con la mayoría del Tribunal respecto de que la Demandante no ha podido identificar ninguna expectativa distinguible y razonable de la inversión en la que haya confiado¹⁴⁵. Tal como se explicara en la Sección 5.1 *supra*, a mi juicio, Red Eagle tenía expectativas razonables (distintas de las expectativas de la inversión que exige el Anexo 811 del Tratado)¹⁴⁶ de que Colombia mantendría un marco jurídico estable y previsible y no generaría la confusión e incertidumbre regulatorias descritas anteriormente¹⁴⁷. Sin embargo, Red Eagle no ha identificado ninguna declaración específica de las autoridades de Colombia en el sentido de que no impondrían una prohibición o restricciones en las áreas de páramo que se

¹⁴⁴ Tratado (Anexo CL-1), Anexo 811(2).

¹⁴⁵ Véanse Resp. Rej., ¶¶ 382-383; y Laudo, ¶¶ 403-404.

¹⁴⁶ Véase *Eco Oro c. Colombia (Anexo CL-285)*, ¶ 861.

¹⁴⁷ Véanse Secciones 2.4 y 2.5 *supra*.

superponían con los Títulos Mineros de la Demandante o que esta podría desarrollar el Proyecto¹⁴⁸.

- (158) Respecto del “carácter” de las medidas de Colombia, también coincido con la Demandada y la mayoría del Tribunal en cuanto a que las medidas eran medidas regulatorias de buena fe adoptadas para proteger el medioambiente y no estaban dirigidas a los Títulos Mineros de la Demandante en particular¹⁴⁹.
- (159) Por ende, para que las medidas de Colombia constituyan una expropiación indirecta que dé lugar a una acción en virtud del Artículo 811 y el Anexo 811 del Tratado —y no un ejercicio legítimo de los poderes de policía del Estado—, debe existir un elemento o factor agravante en la conducta del Estado que no está presente en este caso.
- (160) A pesar de la incertidumbre y confusión generadas por Colombia, no encuentro elementos para concluir que Colombia no actuó de buena fe en el ejercicio de sus facultades regulatorias.
- (161) Por lo tanto, las medidas adoptadas por Colombia califican como ejercicio de los poderes de policía y no constituyen una expropiación indirecta, a menos que comprendieran una circunstancia extraordinaria tal como se menciona en el Anexo 811(2)(b) que, en mi opinión, no existe en este caso.

6. Daños

- (162) A la luz de la decisión de la mayoría del Tribunal por la que se desestima la reclamación de la Demandante por violación del Tratado, no me extenderé en esta cuestión.
- (163) La Demandante basó su cálculo de daños en sus costos irrecuperables haciendo referencia a sus estados contables auditados. El perito de la Demandante, el Sr. Sequeira, concluyó que Red Eagle invirtió un total de USD 70.704.000 (antes de intereses) en la realización del Proyecto¹⁵⁰.
- (164) La Demandante critica los argumentos de la Demandada (i) en el sentido de que no debe recibir una indemnización por las áreas fuera de las Zonas Excluibles de la Minería determinadas por la Resolución 2090, en razón de la ausencia del valor residual de los recursos minerales en esas áreas debido a la naturaleza integrada del Proyecto; y (ii) en relación con los gastos no asociados con la exploración en que incurrió Red Eagle, porque tales gastos también se incurrieron en pos del Proyecto¹⁵¹.
- (165) La Demandante también refuta el argumento de la Demandada de que los costos irrecuperables sobreindemnizarían a la Demandante, ya que la pérdida que sufrió fluctuaría (según Colombia) entre USD 1,6 y USD 4,5 millones. La Demandante critica la metodología alternativa del valor justo de mercado (“VJM”) de Brattle, que, en su opinión, adolece de “defectos irreparables” debido a que (i) se basa en la suposición errónea de que Red Eagle podría

¹⁴⁸ Véanse Resp. Rej., ¶¶ 382-383; y Laudo, ¶¶ 403-404.

¹⁴⁹ Véanse Resp. Rej., ¶ 387; y Laudo, ¶ 308.

¹⁵⁰ Cl. PHB, ¶ 112; y Cl. Reply, ¶ 666.

¹⁵¹ Cl. PHB, ¶¶ 114-115.

continuar realizando actividades mineras en las Zonas de Restauración (amarillo); y (ii) que el VJM “contrafáctico” del Proyecto se basó en los términos históricos de compra de los Títulos Mineros aceptados por Red Eagle, dejando de lado la naturaleza integrada del Proyecto¹⁵². [Traducción del Árbitro Disidente]

- (166) La Demandante ofrece tres cálculos alternativos del valor del Proyecto. El primero se basa en el VJM “contrafáctico” [Traducción del Árbitro Disidente] del Proyecto a finales del año 2012 y ajusta ese valor utilizando tres índices de mercado de empresas mineras auríferas. El segundo cálculo alternativo se basa en el análisis de transacciones comparables de activos mineros auríferos similares, y el tercero se basa en un enfoque múltiple de costos de exploración. Estas valoraciones alternativas arrojan un valor entre USD 46,81 millones (calculado *ex ante*) y USD 87,21 millones (calculado *ex post*; es decir, en la fecha del laudo). La Demandante compara estas cifras con su supuesto costo irrecuperable de aproximadamente USD 70 millones y aduce que no existe una diferencia significativa¹⁵³.
- (167) La Demandada critica el enfoque de la Demandante en relación con la primera alternativa de VJM en razón de que pasa por alto el supuestamente decepcionante Concepto de SRK de 2014 sobre la estimación de los Recursos Iniciales, así como la caída del mercado de activos colombiano en el período comprendido entre los años 2013 y 2016¹⁵⁴. La Demandada sostiene que la segunda alternativa del VJM de la Demandante, basada en transacciones comparables, es errónea porque las transacciones no eran comparadores adecuados¹⁵⁵. En cuanto a la tercera alternativa del VJM de la Demandante, Brattle argumenta que, aunque admitido por el Código CIMVAL para la Valoración de Propiedades Minerales del Instituto Canadiense de Minería, el perito de la Demandante, el Sr. Sequeira, no estaba cualificado para aplicar el Multiplicador de Mejora de la Prospectividad¹⁵⁶.
- (168) En todo caso, la Demandada señala que la alegación de la Demandante de que su estimación del VJM de los Títulos Mineros a la fecha del laudo es superior a su reclamación de costos irrecuperables es engañosa. Ello porque, si bien el VJM de los Títulos Mineros a la fecha del laudo (aproximadamente USD 87 millones) es superior a la cifra de costos irrecuperables de aproximadamente USD 70 millones reclamada por Red Eagle, esta última no incluye los intereses que la Demandante reclama a partir del mes de septiembre de 2017, lo que elevaría la cifra a entre USD 112 y 130 millones. Por el contrario, al reclamar una indemnización por daños en función del VJM de los Títulos Mineros a la fecha del laudo, no habría intereses anteriores al laudo¹⁵⁷.

¹⁵² *Id.*, ¶¶ 116-118.

¹⁵³ Cl. PHB, ¶ 120; y Cl. Reply, ¶¶ 650-652.

¹⁵⁴ Tr. de la Audiencia, Día 4 (español), 1188:10-17 (Interrogatorio Directo de Brattle). Véase también Resp. PHB, ¶¶ 150-153.

¹⁵⁵ *Id.*, 1188:18-1189:12 (Interrogatorio Directo de Brattle). Véase también Resp. PHB, ¶ 154.

¹⁵⁶ Resp. PHB, ¶ 155.

¹⁵⁷ Resp. PHB, ¶ 133.

- (169) En las Secciones 3 y 5 *supra* concluí que las medidas adoptadas por la Demandada privaron a Red Eagle del acceso a una parte muy significativa de los recursos minerales de sus Títulos Mineros y de la oportunidad de obtener una modificación de los PMA existentes para adaptarlos a un proyecto integrado de gran escala o de obtener una nueva licencia ambiental a tal fin; es decir, se privó a la Demandante de la oportunidad de llevar adelante el Proyecto y finalmente lograr que fuera exitoso.
- (170) Tal como se indicara *supra*, los proyectos de exploración pueden ser difíciles de valorar, pero no carecen de valor. Además, la oportunidad mencionada tenía cierto valor. Con todo, es inevitablemente menos valiosa que el valor de un proyecto desarrollado o con un estudio de pre-viabilidad o viabilidad favorable que requeriría evaluar el riesgo del trámite de obtención de una licencia ambiental.
- (171) Los hechos de los casos citados por la Demandada relativos a las circunstancias en las que se han admitido costos irrecuperables que implicaban proyectos en una etapa más avanzada que el Proyecto difieren de las circunstancias del caso que nos ocupa¹⁵⁸. Esta circunstancia, junto con la significativa diferencia entre la cifra de costos irrecuperables reclamada por Red Eagle (incluidos los intereses) y un supuesto VJM conservador de los Títulos Mineros, me lleva a concluir que el uso de costos irrecuperables en este caso sería inapropiado.
- (172) Asimismo, la Demandante no ha presentado una valoración alternativa sobre el valor de su pérdida de oportunidad de continuar el Proyecto. Esta circunstancia impide la cuantificación de dicho valor, debido a la naturaleza especulativa de hacerlo sin información adicional como la que podría haberse obtenido en una fase de cuantificación de daños ulterior en el marco de este procedimiento en el contexto de una decisión diferente de la mayoría del Tribunal.

7. Conclusiones

- (173) En función de lo expuesto, a mi juicio, mediante las diferentes medidas y acciones adoptadas por las autoridades colombianas a partir de la Resolución 2090, la Demandada incumplió sus obligaciones en virtud del Artículo 805 del Tratado.
- (174) Sin perjuicio de la conclusión precedente, el monto de cualquier indemnización que ~~correspondería~~ pagar a la Demandante se debe determinar teniendo en consideración que esta fue privada de la oportunidad de llevar adelante el Proyecto a causa de las medidas mencionadas. Dicha pérdida de oportunidad tiene un valor inferior al de un proyecto desarrollado o con un estudio de pre-viabilidad o viabilidad favorable. La evaluación de este valor, que debería incluir un descuento en función de las incertidumbres inherentes al desarrollo de un proyecto de minería de gran escala (incluido el riesgo del trámite de obtención de una licencia ambiental) no puede llevarse

¹⁵⁸ Resp. PHB, ¶¶ 138-146.

a cabo en este caso sobre la base de la información presentada por la Demandante, y, en todo caso, dependería de información adicional que potencialmente se podría exhibir durante una fase posterior de cuantificación de daños de este arbitraje si hubiera mediado una conclusión del Tribunal o de la mayoría del Tribunal de que Colombia violó el Tratado.

[Firmado]

José A. Martínez de Hoz

23 de febrero de 2024