
CENTRO INTERNACIONAL PARA LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOBRE INVERSIONES

**AMEC FOSTER WHEELER USA CORPORATION (USA),
PROCESS CONSULTANTS, INC. (USA), Y
JOINT VENTURE FOSTER WHEELER USA CORPORATION Y PROCESS CONSULTANTS, INC.
(USA)**
Demandantes

contra

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
Demandada

Caso CIADI N.º ARB/19/34

**MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDANTES
A LAS OBJECIONES PRELIMINARES**

14 de octubre de 2021

**MEMORIAL DE CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDANTES
A LAS OBJECIONES PRELIMINARES**

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	LOS PROCEDIMIENTOS SUBYACENTES EN COLOMBIA	3
III.	LOS RECLAMOS ESTÁN MADUROS PARA SU REVISIÓN	4
IV.	LAS DEMANDANTES HAN DEMOSTRADO <i>PRIMA FACIE</i> LAS VIOLACIONES DEL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL	15
	A. El reclamo de trato justo y equitativo pasa la <i>prueba prima facie</i>	17
	1. La inversión de las demandantes está protegida por el estándar de trato justo y equitativo.....	17
	2. Las Demandantes fundan su reclamo de trato justo y equitativo en la regla correcta.....	19
	3. Las expectativas legítimas constituyen un factor importante en un reclamo de trato justo y equitativo, pero no es el único.	24
	B. El reclamo de expropiación cumple con la prueba <i>prima facie</i>	30
	C. El reclamo del trato de Nación Más Favorecida cumple con la prueba <i>prima facie</i>.....	34
	1. El Acuerdo de Promoción Comercial contempla la importación de protecciones sustanciales	34
	2. El citado acuerdo permite la importación de cláusulas paraguas.	38
	3. Otros TBI de Colombia incluyen la cláusula paraguas.....	42
	D. El reclamo de trato nacional cumple con la prueba <i>prima facie</i>	43
	E. La violación de un reclamo de acuerdo de inversión cumple con la prueba <i>prima facie</i>	46
V.	LAS DEMANDANTES SUFRIERON PÉRDIDAS O DAÑOS COMO RESULTADO DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE COLOMBIA	54
VI.	LAS REPARACIONES SOLICITADAS SON COMPETENCIA DEL TRIBUNAL	56
	A. El Daño Moral Está Previsto En Virtud del Artículo 10.26 del Acuerdo de Promoción Comercial.	56
	B. Los Laudos Compensatorios Están Previstos En Virtud del Artículo 10.26 del Acuerdo de Promoción Comercial	60
VII.	ESTE TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN	61
	A. Las Demandantes Tienen una "Inversión" Protegida Según los Términos Expresos del Acuerdo de Promoción Comercial y del Convenio CIADI.....	61

B. FPJVC Es un “Nacional de otro Estado Contratante” De Conformidad con el Artículo 25 del Convenio CIADI	71
C. La Demandada Recibió Notificación de Intención Adecuada	77
D. La Objeción a la Bifurcación de Vías por parte de la Demandada Ignora la Naturaleza del Procedimiento Local y el “Test” de la Triple Identidad Aplicable	81
E. La Renuncia de la Demandada es Válida en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial	88
VIII. SE DEBERÍA CONDENAR A COLOMBIA AL PAGO DE TODOS LOS GASTOS Y LOS HONORARIOS INCURRIDOS POR LAS DEMANDANTES PARA Oponerse a sus Objeciones Preliminares Frívolas.....	91
IX. PETICIÓN DE REPARACIÓN	93

I. INTRODUCCIÓN

1. Colombia se apoya ampliamente en las presentaciones realizadas por las partes demandadas y las partes no contendientes en otros casos de inversión, en virtud de otros tratados. En el Memorial figuran al menos 90 puntos en los cuales Colombia cita presentaciones de partes no contendientes estadounidenses. Dichas presentaciones no constituyen una fuente generalmente reconocida del derecho internacional conforme a la Convención de Viena, por lo que las presentaciones de las partes y de las partes no contendientes tienen un valor objetable debido al incentivo evidente que supone para los Estados intentar limitar el alcance de los reclamos de inversión entablados en su contra.¹ De hecho, como se explica más abajo, muchos de los argumentos de Colombia se formulan sin ninguna otra autoridad de respaldo más que las presentaciones mencionadas de partes y partes no contendientes.

2. Este error es particularmente evidente en la objeción de Colombia al reclamo de trato justo y equitativo de las Demandantes.² Colombia funda su objeción en el estándar de trato a los inversores, formulado hace más de 80 años en *Neer*,³ que fuera reemplazado hace muchos años y que ha sido rechazado de manera sistemática por los tribunales del CIADI, incluso en otros casos entablados en contra de Colombia.⁴ En efecto, la misma Colombia aceptó recientemente en otro arbitraje del CIADI que la pertinencia del trato formulado *Neer* era objetable.⁵

3. Luego, Colombia caracteriza erróneamente la importancia de las expectativas legítimas de una parte de recibir un trato justo y equitativo, al afirmar equivocadamente que las Demandantes reclaman que sus expectativas legítimas (y los actos que tipifican esas expectativas,

¹ Véase la Sección IV más abajo.

² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 196 y subsiguientes.

³ *Id.*

⁴ *Glencore Int'l A.G. y C.I. Prodeco S.A. contra la República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (CL-005) (en el cual el tribunal rechazó el argumento de “madurez” esgrimido en este caso por Colombia con respecto a los daños y perjuicios); *Mohamed Abdel Raouf Bahgat contra la República Árabe de Egipto*, Caso PCA No. 2012-07, Laudo definitivo, 23 de diciembre de 2019, ¶¶ 183 – 86 (CL-052) (en el cual se rechaza el argumento sobre el trato justo y equitativo que protege a las inversiones y no a los inversores).

⁵ *Eco Oro Minerals Corp. contra la República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y direcciones con respecto a la cuantía, 9 de septiembre de 2021, ¶ 744 (CL-050) (donde Colombia acepta que el tribunal no está estrictamente sujeto al estándar de trato de *Neer* al cual insta en este arbitraje, así como al congelamiento del reclamo al momento de las presentaciones iniciales).

como la estabilidad y la transparencia) se violaron como reclamos independientes.⁶ Antes bien, como muchos inversores antes que ellas, las Demandantes se fundan en la frustración de sus expectativas legítimas como un factor de su reclamo de trato justo y equitativo.⁷

4. Las objeciones a la jurisdicción planteadas por Colombia no promuevan la “eficiencia y economía procesal” que invocó cuando solicitó una oportunidad para suspender estos procedimientos mientras se presentaban y consideraban sus objeciones preliminares,⁸ sino que solo aumentan el costo y el retraso mientras Colombia intenta cobrar la Decisión subyacente de la CGR. En ninguna otra parte esto resulta tan evidente como en la afirmación de Colombia de que la inversión de las Demandantes no se encuentra “cubierta” por el Acuerdo de Promoción Comercial.⁹ La inversión de las Demandantes se clasifica de lleno en la definición amplia de inversión que establece el citado acuerdo.¹⁰

5. Las objeciones de jurisdicción ineficientes planteadas por Colombia no se detienen aquí. Colombia también alega, *p. ej.*, que debido a su estado de “agrupación de empresas contractual”, FPJVC no reúne los requisitos para ser considerado un “ciudadano de otro Estado contratante” conforme al Artículo 25(2)(b) del CIADI.¹¹ Sin embargo, incluso una revisión somera de la ley en virtud de la cual se creó FPJVC permite advertir ampliamente que eso no es cierto, al igual que la redacción expresa del Acuerdo de Promoción Comercial que aborda el tema de las agrupaciones de empresas.¹²

6. Como se explica en detalle más abajo, las objeciones preliminares de Colombia no aportan ningún argumento susceptible de eliminar los reclamos de las Demandantes como cuestión de derecho en virtud del Artículo 10.20.4. del Acuerdo de Promoción Comercial. Colombia no

⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 199.

⁷ Véase la Sección IV.A.3 más abajo.

⁸ Véase la carta de Claudia Frutos-Peterson, Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, al Tribunal, con fecha 24 de agosto de 2020.

⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 281-84.

¹⁰ Véase la Sección VII.B más abajo.

¹¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 299-303.

¹² Véase la Sección VII.B más abajo.

cumplió con su carga de la prueba, sus objeciones deben rechazarse y el caso debe avanzar sobre el fondo de la cuestión.

7. El Memorial de Contestación de las Demandantes está organizado de la siguiente manera:

- a) La Sección II contiene una actualización de los hechos relevantes que han tenido lugar desde el Memorial del 1 de julio de 2021 de Colombia, así como las correcciones a la versión de Colombia sobre determinados hechos.¹³
- b) La Sección III explica por qué la objeción de “madurez” de Colombia debería rechazarse.
- c) La Sección IV explica por qué las objeciones “prima facie” de Colombia deberían rechazarse.
- d) La Sección V consigna que las Demandantes han establecido correctamente que sufrieron daños y perjuicios a raíz de las violaciones al Tratado de parte de la Demandada.
- e) La Sección VI explica por qué el Tribunal tiene la facultad para disponer los medios de reparación que solicitan las Demandantes.
- f) La Sección VII aborda las objeciones de jurisdicción planteadas por Colombia y la razón por la cual este Tribunal posee competencia para entender en los reclamos de las Demandantes.
- g) La Sección VIII explica por qué Colombia es responsable de pagar los honorarios y las costas debido a la naturaleza frívola de sus objeciones.

II. LOS PROCEDIMIENTOS SUBYACENTES EN COLOMBIA

8. Para comodidad del Tribunal y debido a que los mismos hechos se aplican al presente, las Demandantes vuelven a exponer los Antecedentes Fácticos consignados en la Solicitud de medidas cautelares y alivio temporal de emergencia, con fecha 2 de septiembre de 2021 (la “Solicitud”).

9. Desde la apertura de la investigación en el marco del proceso de responsabilidad fiscal, Colombia ha atropellado los derechos de las Demandantes en virtud del Tratado, del derecho

¹³ Dado que Colombia inició un debate sobre los hechos que resulta inadecuado en esta etapa, las Demandantes no procedieron a refutar cada una de las caracterizaciones erróneas que hace Colombia de los hechos en este memorial de contestación. Para que no queden dudas, las Demandantes niegan refutar la versión de los hechos que formula Colombia, a menos que se indique expresamente lo contrario.

internacional consuetudinario y de la ley colombiana. En el Proyecto subyacente, el alcance del trabajo de las Demandantes se vio reducido drásticamente por Reficar antes de que aquel comenzara, y de conformidad con los términos del Contrato, las Demandantes transfirieron básicamente determinados empleados a Reficar, quien asumió la gestión de su propio Proyecto.

10. Sin embargo, la postura de la CGR en el procedimiento subyacente ha sido que las Demandantes eran “administradores fiscales” sujetos a la jurisdicción de la CGR en razón de su ley orgánica 610. Según dicha ley, tal como existía cuando las Demandantes llevaron a cabo su inversión en Colombia, un “administrador fiscal” tiene facultad sobre los gastos realizados con fondos públicos. Las Demandantes carecen de dicha facultad.

11. No obstante ello, la CGR presionó el caso contra las Demandantes, al mismo tiempo que desestimaba el caso contra los directores de Ecopetrol, la sociedad matriz de Reficar, quienes efectivamente poseían facultad, aunque supuestamente no la autoridad final, sobre los gastos de los fondos de Reficar. Cada uno de esos demandados es un ciudadano prominente de Colombia. El procedimiento de la CGR concluyó con un laudo en contra de las Demandantes por USD 881 millones, que se basó en nuevas teorías concebidas que solo se promovieron en la misma decisión de la contraloría.

12. El procedimiento de la CGR niega una y otra vez el más básico debido proceso a las Demandantes. La historia del procedimiento de la CGR y del Proyecto se describe en detalle en la Solicitud pendiente del Demandante al cual las Demandantes refieren con todo respeto, sin replicarla aquí.

III. LOS RECLAMOS ESTÁN MADUROS PARA SU REVISIÓN

13. Colombia afirma que este arbitraje es prematuro porque “[un] acto meramente administrativo que no es definitivo y que se halla sujeto al control judicial no puede, por sí mismo, constituir una medida susceptible de configurar el incumplimiento de una obligación sustancial del Tratado (...)”.¹⁴ Como se analiza en detalle más adelante, esto sencillamente no es cierto. No se requiere nada más que lo que se ha descrito en la Solicitud de Arbitraje para que los reclamos de las Demandantes se consideren lo suficientemente “maduros”. El reclamo de trato nacional se

¹⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 176.

basa en la negativa de la CGR a aplicarle a las Demandantes la misma norma legal que aplicó a los miembros colombianos de la junta directiva de Ecopetrol, situados en lugares similares, quienes fueron relevados de los procedimientos de la CGR a pesar de que, a diferencia de FPJVC, tenían efectivamente autoridad para tomar decisiones.¹⁵ La expropiación de las protecciones fundamentales de las Demandantes en el Contrato tuvo lugar cuando la CGR les quitó esos derechos al forzar la inclusión de FPJVC en los procedimientos, sin que mediaren fundamentos legales o fácticos legítimos.¹⁶ El reclamo de trato justo y equitativo se origina en los actos de la CGR que fueron contrarios a los derechos del debido proceso de las Demandantes, así como al incumplimiento de las expectativas legítimas de las Demandantes, como por ejemplo, que sus derechos contractuales se respetarían y que recibirían un trato justo de parte de las entidades gubernamentales colombianas como la CGR, de conformidad con el derecho colombiano y las disposiciones del Acuerdo de Promoción Comercial, entre otros actos y omisiones. Asimismo, el reclamo de trato justo y equitativo de las Demandantes se origina en la denegación de justicia que sufrieron las Demandantes, derivada, entre otros actos y omisiones, de las numerosas violaciones al debido proceso que abundaron en todos los procedimientos de la CGR.¹⁷ Los reclamos de la cláusula paraguas y del Acuerdo de Inversión de las Demandantes ocurrieron con los actos iniciales de la CGR respecto de privar a FPJVC de sus derechos contractuales al dar inicio a los procedimientos.¹⁸ Podrían surgir reclamos adicionales si a Colombia se le permite proceder a la ejecución de la Decisión de la CGR, proceso que, como se explicó más arriba, Colombia reconoce que ya comenzó.¹⁹

¹⁵ Véase la Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 174–78 (esto también se explica en la Solicitud, ¶¶ 50–51).

¹⁶ *Id* en ¶¶ 179–87.

¹⁷ *Id* en ¶¶ 97–173.

¹⁸ *Id* en ¶¶ 188–205.

¹⁹ Véase la carta de Colombia a las Demandantes, de fecha 1 de septiembre de 2021 (C-003) (donde se rechaza la solicitud de las Demandantes de acordar la suspensión de los procedimientos de ejecución mientras se sustancia este arbitraje y se buscan activos de las Demandantes en todo el mundo “a partir de los cuales satisfacer la Resolución”); contestación de la Demandada a la Solicitud de Alivio Temporal de Emergencia de las Demandantes, de fecha 30 de septiembre de 2021, ¶¶ 34, 36 – 45 (“**Contestación de la Demandada**”) (donde se explica de qué manera la CGR ha iniciado los esfuerzos para el cobro). Colombia dio los pasos iniciales en medio de los procedimientos, en 2018. Véase la Solicitud en ¶ 92 (“Desde entonces, la CGR ha comenzado a preparar los procedimientos de ejecución en contra de FPJVC. Por ejemplo, la CGR ha enviado una carta al Departamento de Justicia de EE. UU. en la cual solicita ayuda para ubicar los activos de FPJVC en los Estados Unidos, a los efectos del cobro ante una posible sentencia.”); véase también *Informe Gestión 2018-2019 (CWS-1_6)*. Este informe, emitido por la CGR al Congreso y al presidente, describe las solicitudes de la CGR de asistencia judicial recíproca durante el periodo cubierto por el informe. Con respecto al caso Reficar, menciona las siguientes solicitudes: (1) la carta 2019EE0002681 enviada al Departamento de Justicia de EE. UU., de

14. Los acontecimientos recientes producidos con motivo del procedimiento de la CGR han exacerbado las violaciones a la ley que se debate en el presente.²⁰ Como se narra con minuciosidad en la Solicitud de medidas cautelares y alivio preliminar de emergencia (la “**Solicitud**”) y en las comunicaciones relacionadas posteriores entre las Partes, el 26 de abril de 2021, la CGR emitió un laudo de USD 881 millones²¹ en contra de FPJVC.²² La apelación presentada por FPJVC se rechazó sumariamente el 6 de julio de 2021.²³ Las Demandantes le solicitaron a Colombia que aceptara cesar la ejecución de la Decisión de la CGR. Colombia se rehusó. Esto derivó en la presentación de la Solicitud de las Demandantes el 2 de septiembre de 2021, con el objetivo de proteger la jurisdicción de este Tribunal. Colombia confirma que los procedimientos de ejecución de la CGR se encuentran en curso y expresó que no puede, ni intentará, detener las acciones de ejecución de la CGR.²⁴ A todas luces, los actos y omisiones de la CGR que subyacen a los reclamos de las Demandantes no son “especulativos” o “meras amenazas”. Como se indica en detalle a continuación, estos actos van más allá de los citados en el Memorial sobre Objeciones Preliminares de Colombia.

15. El argumento de Colombia de que deben agotarse más medios de reparación judiciales para que los reclamos maduren carece de fundamento.²⁵ FPJVC agotó las apelaciones

fecha 15 de enero de 2019; (2) la carta 2019EE0002677 enviada a la Unidad Internacional de Delitos del Reino Unido, con fecha 15 de enero de 2019; (3) la carta 2018EE0002682 enviada al Departamento de Asuntos Internacionales y Asistencia Legal en Asuntos Delictivos de Países Bajos, con fecha 15 de enero de 2019, y (4) la carta 2019EE0040807 enviada al responsable de la Oficina Central Nacional de Interpol en Colombia, con fecha 5 de abril de 2019. El informe da cuenta, en general, de que la finalidad de las cartas era ubicar los activos de las partes involucradas en el procedimiento de responsabilidad fiscal. Menciona que la CGR se reunió con funcionarios del Departamento de Estado y de la Oficina Federal de Investigación de los Estados Unidos.

²⁰ Este Tribunal podría, sin duda, incluir acontecimientos relevantes que tuvieron lugar con posterioridad a la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes, a la hora de analizar los alegatos actuales de las Partes. Véase *Enkev Beheer B.V. contra la República de Polonia*, Caso PCA No. 2013-01, Primer laudo parcial, 29 de abril de 2014, ¶ 333 (**RL-045**) (Para decidir si se había producido o no un incumplimiento, el tribunal tuvo en cuenta los sucesos acaecidos después de la Solicitud de Arbitraje de 2012 de los Demandantes: “Dado que estos ‘nuevos sucesos’ que tuvieron lugar a partir de diciembre de 2013 no se presentan como el punto culminante del caso del Demandante, el Tribunal se concentra en estos nuevos acontecimientos a los fines de las decisiones que se consignan a continuación, si bien ha tenido ampliamente en cuenta el contexto fáctico en el cual el Demandante presentó el caso anteriormente.”).

²¹ El monto que se describe en la Solicitud asciende a “USD 811 millones.” Se trató en este caso de un error tipográfico involuntario.

²² Véase la Solicitud, ¶¶ 72-88; Memorial sobre Objeciones Preliminares en ¶ 148.

²³ Auto – ORD-801119-158-021 (**C-009**).

²⁴ Nota 27 27.

²⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 178.

administrativas cuando la FSS rechazó formalmente la apelación de FPJVC el 6 de julio de 2021 y ratificó la totalidad de la Decisión de la CGR mediante la emisión de Auto – ORD-801119-158-021.²⁶ Claramente, Colombia admite que la Decisión de la CGR es ahora definitiva y susceptible de ejecución en virtud del derecho colombiano, dado que la CGR ha comenzado los esfuerzos de ejecución en todo el mundo en contra de los activos de FPJVC²⁷ y Colombia ha reconocido esta situación, como se indicó más arriba. Todos los actos afirmativos necesarios para que los reclamos de las Demandantes sean admisibles han tenido lugar.

16. *El caso Corona Materials contra la República Dominicana*, citado por Colombia en apoyo de su postura,²⁸ no es en absoluto análogo a la circunstancia actual. En dicho caso, el demandante le envió una carta de dos páginas al demandado donde afirmó era una petición para que se reconsiderara la reapertura del caso y la negativa a otorgarle un permiso medioambiental para su concesión minera.²⁹ El demandante alegaba que la falta de respuesta del demandado a la petición de reconsideración constituía un negación de justicia.³⁰ El tribunal sostuvo que

no existía un procedimiento adjudicatorio administrativo en el momento en que se presentó la Petición. En realidad, el verdadero propósito de la Petición era que el Ministerio reabriera el procedimiento y emitiera una decisión distinta. El Tribunal opinó que ello equivaldría a estirar el significado del término ‘procedimiento adjudicatorio administrativo’ para que la recepción de esa petición y la supuesta inacción del Ministerio se consideraran en sí mismas un ‘procedimiento adjudicatorio.’³¹

²⁶ Véase la Solicitud en ¶ 7 y la declaración testimonial de Cesar Torrente (CWS-1) en ¶¶ 13, 14, 22.

²⁷ Carta de Colombia al Tribunal, con fecha 9 de septiembre de 2021 (la “Carta de Colombia del 9 de septiembre”) (donde se indica que la CGR está buscando activos de las Demandantes para preservar o incautar). Carta de Colombia a las Demandantes, con fecha 1 de septiembre de 2021 (en la cual se rechazan las propuestas formuladas por las Demandantes en las cartas del 24 y del 31 de agosto de 2021 que le proponen a Colombia detener los esfuerzos de cobro y ejecución de la CGR, como sigue: “Lamentamos informarles que Colombia no puede aceptar su solicitud. Colombia solo puede manifestar y ofrecer garantías de que continuará cumpliendo con su Constitución y sus leyes, y que cada uno de sus órganos continuará actuando dentro de los límites de su competencia”).

²⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 177-178.

²⁹ *Corona Materials, LLC contra la República Dominicana*, Case CIADI No. ARB(AF)/14/3, Laudo sobre las Objeciones Preliminares Enviadas por el Demandado conforme al Artículo 10.20.5 de DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016, ¶¶ 45–46, 251 (RL-041).

³⁰ *Corona Materials contra la República Dominicana*, Laudo, ¶ 241 (RL-041).

³¹ *Id* en ¶ 251.

17. En este caso es indiscutible que la Decisión de la CGR es el resultado de un procedimiento adjudicatorio administrativo que se clasifica de lleno dentro del Artículo 10.5.2(a) del Acuerdo de Promoción Comercial. Además, las Demandantes han agotado todas sus apelaciones administrativas. La sugerencia de Colombia de que las Demandantes podrían solicitar una revisión adicional también es irrelevante, pues sería inútil y a todas luces ineficaz dado que la CGR, como lo confirmó Colombia, ya está actuando para ejecutar su laudo en contra de los activos de las Demandantes.

18. Además, el tribunal en el caso *Corona Materials* confirmó de manera explícita que “la denegación de justicia puede originarse en los actos administrativos de un Estado (...)”.³² Si bien es cierto que el tribunal también determinó que el reclamo particular de denegación de justicia en ese caso demandaba que se agotaran todos los medios de reparación locales, lo que Colombia omite de manera fundamental es que el tribunal también sostuvo que (1) “[a]gotar los medios de reparación locales no constituye (...) habitualmente un requisito previo para que un inversor interponga un reclamo internacional”, y que (2) “existe una excepción al requisito de agotar los medios de reparación locales cuando procurar la apelación de manera interna sería indudablemente inútil y manifiestamente ineficaz (...)”³³ Basta en esta etapa que la Decisión de la CGR sea definitiva, que las Demandantes hayan agotado sus reparaciones administrativas y que, como alegaron las Demandantes, una apelación adicional de la Decisión de la CGR resultaría inútil o manifiestamente ineficaz.³⁴

19. Colombia también argumenta, en efecto, que si los reclamos no estaban maduros cuando el caso comenzó, lo cual es disputado por las Demandantes, los hechos subsiguientes no pueden hacerlos madurar.³⁵ El análisis que realiza el tribunal del caso *Chevron contra Ecuador* sobre los eventos subsiguientes es ilustrativo de este punto. Ecuador formuló una objeción de jurisdicción con relación al reclamo de denegación de justicia de los demandantes en virtud del tratado porque ello no se había alegado en la notificación original de arbitraje de los demandantes

³² *Id* en ¶ 248.

³³ *Id* en ¶¶ 259-261.

³⁴ Véase la Solicitud, ¶¶ 5-9.

³⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, n. 371.

y tan solo introducía un memorial complementario sobre el fondo de la cuestión.³⁶ En primer lugar, el tribunal no halló ningún “retraso sustancial” de parte de los demandantes pues estos habían formulado argumentos fácticos relacionados con el trato justo y equitativo y la denegación de justicia en su notificación de arbitraje y habían informado a la brevedad al tribunal sobre nuevos sucesos acaecidos.³⁷ En segundo lugar, el tribunal observó que Ecuador no había sufrido ningún perjuicio sustancial pues se le habían “brindado todas las oportunidades (...) [para] abordar los reclamos enmendados de los Demandantes y para presentar su propio caso.”³⁸ En tercer lugar, el tribunal determinó que “no existe tal circunstancia para que el Tribunal desestime los reclamos enmendados de los Demandantes.”³⁹ El tribunal explicó lo siguiente:

[E]ste no es un caso en el cual una parte nueva en disputa haya pretendido incorporarse como codemandante, o en el cual una parte existente promueva un reclamo completamente nuevo no relacionado en absoluto con la disputa actual de las partes. Los reclamos enmendados de los Demandantes fueron efectuados por demandantes existentes que promueven reclamos conforme al mismo estándar de trato justo y equitativo [y] que surgieron a partir de la misma disputa que mantienen las mismas partes en conflicto, que condujo directamente a la emisión y ejecución del Fallo de Lago Agrio en el mismo litigio de Lago Agrio.⁴⁰

20. Por último, el tribunal señaló que

en todas las circunstancias sería un resultado irrazonable, cuando no absurdo, para los Demandantes que promuevan sus reclamos enmendados como reclamos nuevos en un nuevo arbitraje ante un

³⁶ Véase *Chevron Corp., y otros contra la República de Ecuador*, Case PCA No. 2009-23, Segundo laudo parcial sobre la Vía II, Parte VII, Sección 7.156-157, en 46, 30 de agosto de 2018 (CL-042). El tribunal explicó que “[l]os reclamos de denegación de justicia de los Demandantes conforme al estándar de trato justo y equitativo del Artículo II(3)(a) del Tratado, sobre la base de la supuesta ‘redacción fantasma’ del Fallo de Lago Agrio, no se formularon en la Notificación de Arbitraje original presentada conforme al Artículo 2 de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI. Tampoco podían formularse. La notificación de los Demandantes se presentó el 23 de septiembre de 2009. El Fallo de Lago Agrio se emitió posteriormente el 14 de febrero de 2011 y fue declarado susceptible de ejecución el 1 de marzo de 2012 por el Tribunal de Apelaciones de Lago Agrio. Al cabo de cinco semanas, el 20 de marzo de 2012, los Demandantes presentaron los reclamos de Chevron de denegación de justicia en este arbitraje a través de su Memorial Complementario sobre el Fondo de la Cuestión, tal como se complementó posteriormente de forma escrita y oral hasta incluir la Audiencia sobre la Vía II.”

³⁷ *Id* en 7.165-166.

³⁸ *Id* en 7.167.

³⁹ *Id* en 7.168.

⁴⁰ *Id*.

nuevo tribunal arbitral, a un costo y un atraso mayores e innecesarios y con el riesgo de que se emitan decisiones incongruentes. No serviría a ningún propósito útil de ninguna de las partes. Si los Demandantes hubieran pretendido eso, el Demandado habría tenido todo el derecho a objetar semejante abuso del proceso.⁴¹

21. En este caso tampoco se trata de que los Demandantes hayan interpuesto un reclamo completamente nuevo. Todos los hechos subsiguientes en este arbitraje del CIADI están relacionados con el procedimiento de la CGR en Colombia, el cual se analiza extensamente en la Notificación de Arbitraje y en la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes.

22. Colombia ha promovido versiones de esta misma objeción en dos arbitrajes recientes del CIADI y fracasó en ambas ocasiones. Más recientemente, en el caso *Eco Oro Minerals Corp. contra Colombia*, el tribunal del CIADI rechazó de plano los esfuerzos de Colombia para congelar los reclamos al momento de la Notificación de Intención:

[N]o puede suceder que un reclamo se congele una vez que se ha presentado una Notificación de Intención. Que un inversor proceda a presentar una Notificación de Intención no implica que un Estado cese automáticamente su actividad con relación a los bienes en disputa. Los reclamos no son estáticos y la acción gubernamental puede continuar en paralelo con las consultas entre las partes y el avance del proceso arbitral. Un inversor debe poder continuar buscando medios de reparación vinculados a una actividad en curso que aquel afirme que incumple (o puede incumplir) un Tratado en cuestión, incluso después de que haya comenzado el arbitraje, siempre y cuando los incumplimientos estén relacionados con reclamos consignados en la Notificación de Intención. La alternativa, es decir, esperar que un inversor presente una nueva Notificación de Intención cada vez que tiene lugar una medida adicional, es poco realista y práctico y constituiría una pérdida innecesaria de tiempo y recursos financieros.⁴²

⁴¹ *Id* en 7.170. El tribunal citó la causa *Encana contra Ecuador* (2006), Caso LCIA No. UN3481, Laudo del 3 de febrero de 2006, ¶ 164 (CL-210), donde el tribunal de CNUDMI resolvió lo siguiente: “(...) ha de encontrarse un equilibrio entre, por un lado, solicitar de manera irrazonable que se dé comienzo a nuevos procedimientos donde puede decirse que se formuló o que casi se formuló la esencia de un incumplimiento del TBI [el Tratado Bilateral de Inversión entre Ecuador y Canadá] y que los eventos ulteriores no dejan margen de duda sobre la cuestión del incumplimiento, y, por otro lado, permitir que lo que en esencia son reclamos nuevos o causas nuevas para interponer una acción legal que, en realidad, no guardan relación real con los acontecimientos esgrimidos al inicio, se agreguen a los procedimientos actuales con el fundamento de que son acontecimientos posteriores al inicio del proceso.”

⁴² *Eco Oro contra Colombia*, Decisión sobre la jurisdicción, responsabilidad y direcciones sobre la cuantía, ¶ 328 (CL-050).

23. Los tribunales del CIADI han aceptado acontecimientos nuevos, pero relacionados, no formulados en la Solicitud de Arbitraje, al momento de determinar violaciones a los tratados, incluso hechos que se formularon por primera vez en etapas muy posteriores del arbitraje, como en el memorial sobre la cuestión de fondo.⁴³

24. El principio básico de reparación total por daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado⁴⁴ sería imposible si solo se tuvieran en cuenta los daños incurridos al comienzo del arbitraje y no se reconocieran o consideraran los daños en curso o ulteriores que son típicos de casi todos los arbitrajes entre un inversor y un Estado.⁴⁵

25. También se ha establecido que no es necesario que los daños se corrijan al momento de la Solicitud de Arbitraje. Ello es para el fondo de la cuestión, un principio que Colombia conoce

⁴³ Véase *Enkev Beheer contra Polonia*, Primer laudo parcial, ¶ 333 (RL-045) (Al momento de decidir si ha ocurrido o no un incumplimiento, el tribunal tuvo en cuenta sucesos acaecidos después de la Solicitud de Arbitraje de 2012 de los Demandantes: “Dado que estos ‘acontecimientos nuevos’ ocurridos a partir de diciembre de 2013 no se presentan como el punto culminante del caso del Demandante, el Tribunal se concentra en estos nuevos acontecimientos para emitir la decisión que aparece a continuación, si bien ha tenido mucho en cuenta el contexto fáctico en el cual el Demandante presentó su caso anteriormente.”). Véase también *Swisslion DOO Skopje contra la ex República Yugoslava de Macedonia*, Caso CIADI No. ARB/09/16, Laudo, 6 de julio de 2012, ¶138 (CL-054); *CMS Gas Transmission Company contra la República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Decisión del Tribunal sobre las Objeciones de Jurisdicción, 17 de julio de 2003, ¶¶ 107, 109, 119 (CL-055); *Ethyl Corporation contra el Gobierno de Canadá*, TLAN/CNUDMI, Laudo sobre jurisdicción, 24 de junio de 1998, ¶¶ 85 – 88 (CL-056).

⁴⁴ Es un principio que Colombia invocó más recientemente en el arbitraje de Glencore. Véase *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1566, 1571 (CL-005) (“La norma legal que el Tribunal debe aplicar no es objetada por las partes: es el principio de reparación total del perjuicio causado, establecido firmemente en la jurisprudencia a partir de la decisión trascendental de la CPJI en el caso de la *Fábrica Chorzów*. La CPJI sostuvo que la reparación total constituía un principio fundamental y sistemático del derecho internacional consuetudinario y que debe aplicarse incluso ante la falta de cualquier disposición específica que establezca una obligación indemnizatoria en el tratado que subyace a la disputa (...). Los tribunales que entienden en disputas de inversión han venido aplicando este principio de reparación total de manera sistemática, incluso en casos de violaciones no expropiatorias”).

⁴⁵ La reparación total concedida al inversor debido a los daños ocasionados por el accionar internacionalmente ilícito de un Estado sería imposible de lograrse en este caso si las objeciones planteadas por Colombia fueran válidas, pues los daños recientes de las Demandantes superan en amplia medida los sufridos al momento de la Solicitud de Arbitraje. Como lo estableció en el caso de la *Fábrica de Chorzów* la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI): El principio fundamental contenido en la noción real de un acto ilícito – principio que parece estar establecido por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de los tribunales arbitrales – es que la reparación debe, en la máxima medida posible, erradicar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que habría existido, con toda probabilidad, si el acto no se hubiera cometido. *Caso relativo a la fábrica de Chorzów (Alemania contra Polonia)* (Fondo de la cuestión) Serie A de la CPJI, No. 17, 13 de septiembre de 1928, pág. 46 (CL-057). Véase también Comisión de Derecho Internacional, *Borrador de los artículos sobre la responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2 Y.B. Int'l L. (2001), Art. 34 (“Artículos de la CDI”) (CL-058) (“La reparación total de los daños ocasionados por los actos ilícitos internacionales debe adoptar la forma de una restitución, compensación o satisfacción, ya sea individualmente o en combinación”).

tras haberse rechazado una objeción similar en el caso *Glencore contra Colombia*: “El Demandado aduce que las medidas adoptadas por Colombia (a través de la CGR) no han ocasionado ninguna pérdida ni daños a los Demandantes. El argumento carece de fundamento. La determinación de la pérdida y los daños es una cuestión que solo puede adjudicarse una vez que se han establecido los fundamentos de los reclamos.”⁴⁶ Esto sigue la práctica aceptada del CIADI de que la prueba de los daños no constituye un requisito previo para establecer la existencia de un reclamo en un arbitraje del CIADI.⁴⁷

26. El laudo reciente en el caso *Glencore contra Colombia* avala aún más la postura de las Demandantes. Como lo reconoce la misma Colombia, los demandantes del caso *Glencore* estaban en una posición similar a la de las Demandantes en cuanto a haber agotado sus medios de reparación administrativos y el tribunal consideró que el reclamo de Glencore estaba maduro.⁴⁸ Colombia intenta diferenciar el caso del actual al aducir que el tratado pertinente en dicho caso, el Tratado Bilateral de Inversión entre Colombia y Suiza (el “**TBI entre Colombia y Suiza**”), “estipula que un reclamo fundado en un acto administrativo podía someterse a arbitraje siempre y cuando el demandante hubiera agotado los medios de reparación administrativos”, y que esta es una “diferencia fundamental” con respecto al Acuerdo de Promoción Comercial.⁴⁹ Sin embargo, la disposición en la cual se apoya Colombia, Ad. Artículo 11(3), es simplemente un requisito para agotar los medios *de reparación administrativos* locales antes de proceder con el arbitraje: “Con respecto a Colombia, para poder presentar un reclamo con miras a su resolución en virtud de dicho

⁴⁶ *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1133 – 35 (CL-005). La petición de Colombia para que se anule este laudo fue rechazada recientemente. Véase IAREporter (C-021), <https://www.iareporter.com/articles/analysis-ad-hoc-committee-refuses-to-annul-glencore-v-colombia-award-rejecting-colombias-arguments-based-on-illegality-and-corruption-allegations-committee-finds-that-procedural-orders-ma/>.

⁴⁷ Véase, p. ej., C. Schreuer, “What is a legal dispute?” en I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner* (Koninklijke Brill NV, 2008), 970 (CL-059) (está bien establecido que no se requiere el “[d]año real o concreto antes de que una parte entable una acción judicial. Pero la disputa debe ir más allá de los agravios generales y ser susceptible de establecerse en términos de un reclamo concreto.”); C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* 94 (Cambridge 2d Ed. 2009) (CL-060) (“El desacuerdo entre las partes también debe tener alguna relevancia práctica para su relación y no ser puramente teórica. No es tarea del Centro clarificar cuestiones legales *en abstracto*. La disputa debe estar relacionada con cuestiones claramente identificadas entre las partes y no ser meramente académica. Esto no significa que un lado deba haber realizado una acción específica o que la disputa deba haber escalado a un determinado nivel de confrontación, sino simplemente que debe constituir un interés inmediato de las partes.”).

⁴⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 179. Véase también *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1112, 1117 (CL-005).

⁴⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 179.

artículo, se deben haber agotado los medios de reparación administrativos locales de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables.”⁵⁰ No se puede argumentar seriamente que FPJVC no haya actuado de esa manera.

27. El hecho de que el Acuerdo de Promoción Comercial no exija que se agote ningún medio de reparación local (ya sea administrativo o judicial) antes de proceder con el arbitraje solo refuerza la postura de las Demandantes de que sus reclamos están maduros. Dicho de otro modo, el TBI entre Colombia y Suiza incluye un requisito adicional ante la jurisdicción del CIADI que es correcto en comparación con el Acuerdo de Promoción Comercial, y no un requisito menor como sostiene Colombia.

28. Además, el Artículo 10.5.2(a) del citado acuerdo establece que “el trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos adjudicatorios penales, civiles o administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas jurídicos del mundo[.]”⁵¹ Otros tribunales que interpretaron la misma redacción han identificado reclamos fundándose exclusivamente en la madurez de los actos administrativos.⁵²

29. Por último, Colombia cita una serie de casos de expropiación en los cuales los tribunales supuestamente rechazaron reclamos de violaciones de tratados porque se “interpusieron de manera prematura”.⁵³ Sin embargo, estos casos no son en absoluto análogos a las circunstancias del caso que nos ocupa. En el caso *Achmea B.V. contra la República de Eslovaquia II*, el tribunal desestimó el reclamo de expropiación del demandante porque la expropiación no había tenido lugar todavía y como la República de Eslovaquia podía expropiar la inversión del demandante de manera legítima, “se invitó al Tribunal a realizar un ejercicio especulativo, que consistía en mirar al futuro para examinar la conducta de un Estado que todavía no se ha materializado y cuyas

⁵⁰ TBI entre Colombia y Suiza, 17 de mayo de 2006 (vigente desde el 10 de junio de 2009), Art. 11 (**RL-43**).

⁵¹ Acuerdo de Promoción Comercial, **CL-001** (énfasis nuestro).

⁵² Véase, p. ej., *TECO Guatemala Holdings LLC contra la República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17, Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶¶ 457-465, 471-484 (**CL-061**).

⁵³ *Id* en ¶ 180.

características pueden no determinarse con certeza en esta etapa.”⁵⁴ De manera similar, en *Enkev contra Polonia* el tribunal determinó que los activos del demandante consistían en las acciones mantenidas en una subsidiaria local (no los activos de la subsidiaria), que la expropiación no había ocurrido todavía y que la disminución del valor de las acciones del demandante no era todavía tan grave como para considerar a dichos activos inútiles.⁵⁵ En el caso que nos ocupa, por otra parte, todos los actos que las Demandantes han alegado que constituyen una violación ya han tenido lugar y ya les han ocasionado daños sustanciales.⁵⁶

30. De manera similar, en *Glamis Gold contra los EE. UU.*, el tribunal estuvo de acuerdo en que los incumplimientos fundados en supuestos acontecimientos futuros no estaban maduros para revisarse.⁵⁷ Un detalle fundamental, no obstante, es que el tribunal determinó que un reclamo fundado en acontecimientos pasados – en dicho caso, que la legislación que se había aprobado “ocasionó tal daño significativo a su inversión que provocó la expropiación *en la fecha de su aprobación*”- estaba maduro.⁵⁸ Por consiguiente, el caso *Glamis Gold efectivamente* apoya la postura de las Demandantes en el presente caso, que se basa en incumplimientos de Colombia que ya han tenido lugar.⁵⁹

31. En suma, si bien la decisión más reciente de la CGR y los esfuerzos de ejecución posteriores aumentaron el daño ocasionado a las Demandantes, el reclamo era maduro mucho antes de que se emitiera la decisión. Sugerir lo contrario equivaldría a fomentar resultados absurdos, como la necesidad de iniciar un segundo arbitraje, cuando el daño causado a las Demandantes ya

⁵⁴ *Achmea B.V. contra la República de Eslovaquia II*, Caso PCA No. 2013-12, Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, 20 de mayo de 2014, ¶¶ 244-251 (RL-047).

⁵⁵ *Enkev Beheer contra Polonia*, Primer laudo parcial, ¶¶ 339-346 (RL-045).

⁵⁶ Véase también la Sección V *abajo* (donde se analizan los daños ocasionados a las Demandantes a raíz de los incumplimientos de Colombia).

⁵⁷ *Glamis Gold, Ltd. contra los Estados Unidos de América*, CNUDMI (TCLAN), Laudo, 8 de junio de 2009 ¶ 342 (RL-040).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ Colombia también cita laudos no relacionados con tratados. También cita el caso *The American Independent Oil Company contra el Gobierno del Estado de Kuwait*, Laudo definitivo, 24 de marzo de 1982, y *Mariposa Development Company y otros (Estados Unidos) contra Panamá*, 27 de junio de 1933, para exponer la propuesta banal de que un demandante no tiene un reclamo hasta que haya tenido lugar la expropiación. Como se analizó anteriormente, esto no se aplica al caso que nos ocupa.

se ha materializado plenamente.⁶⁰ Los reclamos de las Demandantes son lo suficientemente maduros.

IV. LAS DEMANDANTES HAN DEMOSTRADO *PRIMA FACIE* LAS VIOLACIONES DEL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL

32. Las Demandantes cumplieron ampliamente con el estándar de la prueba *prima facie* de las violaciones al Acuerdo de Promoción Comercial de parte de Colombia. En primer lugar, como se indica en el Artículo 10.20.4(c) del Acuerdo de Promoción Comercial (“Conducción del Arbitraje”): “[a]l decidir la cuestión de la(s) objeción(es) [preliminares], el tribunal *asumirá* que se trata de verdaderos argumentos fácticos del demandante en apoyo de cualquier reclamo en la notificación de arbitraje (o cualquiera de sus enmiendas)”. Asimismo, “resulta apropiado que la solicitud de arbitraje de un demandante se interprete ampliamente y que, en casos de duda o incertidumbre respecto del alcance del o de los argumentos de un demandante, la duda o la incertidumbre se resuelva a favor del demandante.”⁶¹

33. Además, Colombia omite establecer, como debiera, que los hechos alegados por el demandante, de establecerse, no pueden constituir un fundamento para la violación de un tratado.⁶² Un “tribunal, en esta etapa, no debe intentar examinar el reclamo en sí mismo de manera pormenorizada, sino que ha de bastarle solamente con que, *prima facie*, el reclamo, según lo formulan los Demandantes al iniciar este arbitraje, está dentro del mandato jurisdiccional del arbitraje del CIADI y, por añadidura, de este Tribunal.”⁶³ En particular, cuando “un examen

⁶⁰ Véase, p. ej., *Pan-American Energy LLC & BP Argentina Exploration contra la República Argentina* (ARB/03/3) Decisión sobre Objeciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶ 179 (RL-174) (“No es posible limitar la competencia de este Tribunal a los daños que son reales y aseverados en el momento en que se está examinando la cuestión de la jurisdicción. Si fuera de otro modo, la parte del caso vinculada al daño que todavía no se ha materializado pero que pudo haberse hecho en la etapa de la fundamentación del caso nunca se decidiría, salvo en el caso de un nuevo arbitraje innecesario.”).

⁶¹ *RSM Production Corporation contra Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo, 10 de diciembre de 2010, ¶ 6.1.3 (CL-063).

⁶² Yarik Kryvoi, Centro Internacional para el Arreglo de Disputas de Inversión (Kluwer 2020), pág. 67 (CL-064). Véase también Audley Sheppard, *The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case*, en *The Oxford Handbook of International Investment Law* (Peter Muchlinski, Federico Ortino y Christoph Schreuer, eds., Oxford 2008), pág. 960 (RL-038) (“La formulación del enfoque y del examen *prima facie*, que parece ser lo más favorable, es la siguiente: al tribunal debería bastarle que, de comprobarse finalmente que los hechos alegados por el demandante son verdaderos, estos podrían quedar incluidos (o pasar a quedar incluidos) en las disposiciones del tratado de inversión (o constituir una violación de dichas disposiciones.”).

⁶³ *Amco Asia Corporation y otros contra la República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión sobre la jurisdicción, 25 de septiembre de 1983, Informes del CIADI 1, 389, ¶ 35 (CL-065).

adicional de la [jurisdicción] podría relacionarse de manera tan estrecha con un examen adicional de los fundamentos jurídicos,” el “examen jurisdiccional debe incorporarse a los fundamentos jurídicos.”⁶⁴

34. En lo que hace al Artículo 10.20.4 del Acuerdo de Promoción Comercial, que le permite a un tribunal otorgar una objeción preliminar si “como cuestión de derecho, un reclamo entablado no constituye un reclamo en razón del cual se pueda conceder un laudo a favor del demandante”, un tribunal anterior del CIADI que interpretó la misma redacción en otro tratado determinó lo siguiente:

[Un] tribunal debe haber concluido que, tanto en lo que hace a las cuestiones de derecho pertinentes y a todos los hechos pertinentes alegados o no disputados, se debe conceder un laudo que desestime el reclamo del demandante de forma definitiva. Según sean las circunstancias particulares de cada caso, existen muchas razones por las que un tribunal podría decidir, de manera razonable, no ejercer dicha facultad en contra de un demandante, aun cuando hubiere considerado que el reclamo, al parecer, podía (*aunque no con toda seguridad*) fracasar si se evaluaba solamente al momento de la objeción preliminar.⁶⁵

35. “Así pues, el umbral se coloca en un nivel bastante elevado: el reclamo debe considerarse, al comienzo de los procedimientos de arbitraje, con ‘altas probabilidades – y no tan solo con alguna probabilidad – de fracasar.’”⁶⁶ Colombia ni siquiera se acerca a este umbral en ninguna de sus objeciones preliminares.

36. En este caso, Colombia promueve su visión del fondo de la cuestión en muy amplia medida. Esa descripción es incorrecta, pero más importante aún a los efectos del presente, es irrelevante. La aplicación de cuestiones preliminares no es el escenario adecuado para determinar los fundamentos jurídicos, y el esfuerzo de Colombia por hacerlo debería rechazarse.

⁶⁴ *Tradex contra Albania*, Caso CIADI No. Arb/94/2, Decisión sobre la jurisdicción, 24 de diciembre de 1996, CIADI 14, Rev. 161 (1999), ¶ 46 (CL-066).

⁶⁵ *Pac Rim Cayman LLC contra El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandante conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del TCLAN; 2 de agosto de 2010, ¶ 110 (RL-036).

⁶⁶ Michele Potestà y Marija Sobat, *Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, 3 J. Int. Disp. Settl. 137 (2012), pág. 22 (CL-067).

A. El reclamo de trato justo y equitativo pasa la *prueba prima facie*

1. La inversión de las demandantes está protegida por el estándar de trato justo y equitativo

37. Otra objeción que los tribunales del CIADI han rechazado de manera reiterada es el argumento de Colombia de que el reclamo de trato justo y equitativo no puede proceder porque el Artículo 10.5.1 – al igual que la mayoría de las cláusulas relativas al trato justo y equitativo de los tratados de inversión, como las que se basan en el TBI modelo de EE. UU. – hace referencia a las “inversiones” y no a los “inversores”, y, por lo tanto, solo protege dichas inversiones y no a los inversores.⁶⁷ Como se explica más abajo, las Demandantes llevaron a cabo la inversión y⁶⁸ juzgaron que la objeción de Colombia era cuestionable. Además, según las palabras de la propia autoridad citada por Colombia en este contexto,⁶⁹ el Informe de 2015 de la Comisión de Derecho Internacional sobre las cláusulas de la Nación Más Favorecida, “la definición de inversión es una cuestión relevante para el acuerdo de inversión en su totalidad y no plantea ninguna cuestión sistémica relativa a la cláusula de la Nación Más Favorecida [o a otra disposición sustancial, siguiendo la lógica de Colombia] o a su interpretación. Por tal motivo, el Grupo de Estudio no consideró que este asunto ameritara una mayor consideración.”⁷⁰ Lo que resulta aún más pertinente es que Colombia no hace ninguna mención al laudo sobre tratados de inversión de 2019 en el caso *Mohamed Abdel Raouf Bahgat contra Egipto*, donde el tribunal rechazó una objeción idéntica de “inversión, y no inversor, protegida”, con la siguiente fundamentación:

El éxito de las inversiones depende de más factores que el flujo irrestricto del capital o la ausencia de medidas perjudiciales para los bienes. Aparte del aspecto financiero, el éxito de las inversiones depende de una gestión eficaz y del uso que se haga de los conocimientos expertos técnicos adecuados, entre otros factores. Las medidas en contra de un inversor o de la administración, o las que deterioran las circunstancias que eran favorables para la inversión, también pueden tener un efecto negativo sobre la inversión. *Si solo se prohibieran las limitaciones al flujo*

⁶⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 187.

⁶⁸ Véase más abajo, § VII.A. Véase también la Solicitud de Arbitraje en ¶¶ 28-29.

⁶⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 189 n.378.

⁷⁰ Comisión de Derecho Internacional, *Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause* (Informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la Nación Más Favorecida, Anuario 2 de la Comisión de Derecho Internacional, (2015), ¶ 70 (RL-060).

*del capital o las violaciones a los bienes, se reduciría la eficacia del sistema de protección de las inversiones.*⁷¹

38. Aún más recientemente, en el caso *Lion Mexico contra México*, otro tribunal también rechazó la objeción de “inversión, no inversor”:

el Tribunal halla que el Artículo 1105 del TCLAN [que, al igual que el Tratado de Promoción Comercial, refiere únicamente a las “inversiones”] concede, en efecto, una protección a *Lion* en su calidad de inversor (...). La referencia a ‘extranjeros’, en el contexto de la protección de una inversión, solo puede significar inversores. Un gran número de tribunales del TCLAN también ha interpretado el artículo 1105 como una fuente de protección para los inversores y no exclusivamente para sus inversiones.⁷²

39. En este mismo sentido, el Artículo 10.5.2 del Acuerdo de Promoción Comercial establece con claridad que “[p]ara que no queden dudas, el párrafo 1 [del Artículo 10.5] prescribe el estándar mínimo del trato a los extranjeros *del derecho internacional consuetudinario como* el estándar de trato mínimo que ha de concederse a las inversiones cubiertas”⁷³

40. En efecto, resulta revelador que Colombia, en un alegato carente de autoridades aplicables, omite citar un solo laudo, tratado u otra fuente secundaria en la cual un tribunal haya excluido un reclamo de trato justo y equitativo con el argumento de que el tratado supuestamente protegía inversiones y no inversores. En *Nelson contra México*, uno de los casos citado por Colombia en apoyo de su postura, se acordó que la empresa establecida en México era la inversión y se consideró plenamente si el trato dispensado por México a la empresa violaba o no el estándar de trato justo y equitativo.⁷⁴ El tribunal no sostuvo, por ejemplo, que determinadas acciones fueran en contra del inversor, y no de la inversión, y que, por lo tanto, no fueran objeto de protección del TCLAN; de modo que la decisión no apoya en este caso el argumento esgrimido por Colombia. En un único caso citado por Colombia, *Belokon contra Kirguistán*, el tribunal se opuso a considerar

⁷¹ *Bahgat contra Egipto*, Laudo definitivo, ¶¶ 183-86 (énfasis nuestro) (CL-052). En este mismo sentido, un tribunal que emitió un laudo relativo al TCLAN, publicado después de que Colombia presentara su Memorial, rechazó la misma objeción planteada por el Estado anfitrión. Véase la nota 72 72.

⁷² *Lion Mexico Consolidated L.P. contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2, Laudo, 20 de septiembre de 2021, ¶¶ 356-58 (CL-068).

⁷³ (énfasis nuestro).

⁷⁴ *Mr. Joshua Dean Nelson contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1 (NAFTA), Laudo definitivo, 5 de junio de 2020, ¶¶ 315-85 (RL-057).

una acción penal entablada contra un banco, pero no contra “los anteriores directores y la anterior administración”, para lo cual argumentó de manera explícita

que la distinción entre dispensarle un trato justo y equitativo a los directores y empleados de una inversión, por oposición a la inversión misma, puede en algunos contextos ser artificial. Sin embargo, habida cuenta de la presencia en este TBI de [una cláusula de no deterioro], el Tribunal juzga más apropiado analizar dichas consideraciones de conformidad con la obligación del tratado.⁷⁵

41. El Acuerdo de Promoción Comercial no contiene ninguna cláusula semejante. Por último, los dos comentaristas citados por Colombia están analizando la interpretación correcta de las cláusulas de la Nación Más Favorecida, y no las cláusulas del trato justo y equitativo.⁷⁶ Los laudos que citan las Demandantes en este caso rechazaron la misma objeción y ninguna de las autoridades citadas por Colombia apoya el argumento de que debería hacerse una distinción en cuanto a proteger solamente la inversión y no el inversor.

2. Las Demandantes fundan su reclamo de trato justo y equitativo en la regla correcta.

42. Colombia señala la referencia que se hace en el Acuerdo de Promoción Comercial al “derecho internacional consuetudinario” como el estándar mínimo, para afirmar que la regla de trato justo y equitativo es un poco menos exigente en este caso que los “estándares autónomos” de otros tratados de inversión.⁷⁷

43. Esta objeción sobre el estándar apropiado del trato justo y equitativo es errónea por dos motivos. En primer lugar, ignora la gran cantidad de autoridades arbitrales que determinó que la regla del trato justo y equitativo no se diferencia de los requisitos que impone el derecho internacional consuetudinario. En segundo lugar, Colombia no parece advertir que el mismo derecho internacional consuetudinario, por definición, evoluciona, y que la vasta mayoría de los

⁷⁵ *Valeri Belokon contra la República Kirguisa*, CNUDMI, Laudo, 24 de octubre de 2014, ¶¶ 244-46, 252 (RL-058) (“Ninguna de las Partes contratantes menoscabará, de ninguna manera, mediante medidas no razonables o discriminatorias, la administración, el mantenimiento, el uso, el goce o la enajenación de las inversiones de los inversores de la otra Parte contratante, dentro de su territorio.”).

⁷⁶ Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford 2015), pág. 281 (RL-059) (donde se analiza que “algunos tratados conceden el trato de Nación Más Favorecida a la inversión de una contraparte del tratado”). Véase también CDI, *Informe final del Grupo de Estudio sobre la cláusula de la Nación Más Favorecida*, ¶ 69 (RL-060) (“Algunos acuerdos limitan el beneficio de la disposición sobre Nación Más Favorecida a la inversión.”).

⁷⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 193-94.

tribunales que interpreta la regla ha determinado que el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado mucho después de *Neer*, que es la autoridad citada por Colombia para apoyar su postura. En suma, este es otro ejemplo más de un argumento que muchos tribunales del CIADI han resuelto en contra de la posición de Colombia.

44. En cuanto al primer punto, un gran número de autoridades ha concluido que el estándar mínimo de trato no es diferente de la regla de trato justo y equitativo incluida en otros tratados de inversión, o que es sustancialmente idéntica a dicha regla.⁷⁸ En efecto, esto ha conducido a algunos comentaristas a dudar de “la pertinencia de todo este debate.”⁷⁹ En palabras de un tribunal,

al parecer, la diferencia entre el estándar del Tratado establecido en [dicho tratado] y el mínimo consuetudinario, cuando se aplica a los hechos específicos de un caso, puede resultar ser más aparente que real. En la medida en que la jurisprudencia revela formulaciones diferentes de los umbrales pertinentes, un análisis profundo puede demostrar ampliamente que estos podrían explicarse en función de diferencias contextuales y fácticas de los casos en los cuales se han aplicado los estándares.⁸⁰

⁷⁸ Véase, p. ej., *Rusoro Mining Ltd. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/5, Laudo, 22 de agosto de 2016, ¶ 520 (CL-069) (que señala que el estándar mínimo internacional consuetudinario “ha evolucionado y hoy no se diferencia de la regla de trato justo y equitativo, y concede a los inversores un nivel de protección equivalente a esta última . Toda la discusión sobre si (...) el TBI incorpora u omite incorporar el estándar [mínimo internacional consuetudinario] al definir el trato justo y equitativo se ha tornado dogmática: no existe una diferencia sustancial en cuanto al nivel de protección que conceden ambos estándares”); *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. contra la República de Kazajistán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, ¶ 611 (CL-070) (“[El tribunal] comparte la opinión de varios tribunales del CIADI de que el estándar de trato justo y equitativo del tratado no difiere sustancialmente del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario”); *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra la República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008, ¶ 592 (CL-071) (“[E]l Tribunal arbitral también acepta, como lo han determinado numerosos tribunales arbitrales anteriores y comentaristas, que el contenido real del estándar de trato justo y equitativo del tratado no difiere de manera sustancial del contenido del estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario”); *Azurix Corp. contra la República Argentina*, Laudo, 14 de julio de 2006, ¶ 361 (CL-072) (“[E]l requisito mínimo para cumplir con este estándar [de trato justo y equitativo] ha evolucionado y el Tribunal considera que su contenido es sustancialmente similar, sea que los términos se interpreten en función de su significado habitual, como lo requiere la Convención de Viena, o de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario”); *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008, ¶¶ 335-337 (CL-073) (coincidente con el caso *Azurix* y que establece “que los estándares son básicamente iguales”).

⁷⁹ Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP 2012), pág. 138 (CL-074) (que cita a Stephan W. Schill, *Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law and Comparative Public Law, in International Investment Law and Comparative Public Law* (Schill ed., OUP 2010), págs. 152-54 (CL-075)).

⁸⁰ *Saluka Investments BV (The Netherlands) contra la República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial, 17 de marzo de 2006, ¶ 291 (CL-076).

45. Otros tribunales arribaron a la misma conclusión⁸¹ al señalar, por ejemplo, que el debate era en vano pues el estándar mínimo internacional de trato está “muy poco definido, al igual que el de trato justo y equitativo del TBI”.⁸² Antes bien, “[e]l requisito de que se trate a los extranjeros de manera justa y equitativa en lo que hace a los negocios, el comercio y las inversiones ha pasado a formar una parte suficiente tal de la práctica generalizada y sistemática como para demostrar que se ve reflejado hoy en día en el derecho internacional consuetudinario como *deber jurídico*.”⁸³ Por tal motivo, “[e]l contenido del estándar debe determinarse sobre una base que sea común a todos los Estados y no aplicar la perspectiva específica de ningún Estado o sistema jurídico en particular.”⁸⁴

46. En cuanto al segundo punto, *esto es*, que el mismo derecho internacional consuetudinario evoluciona, *el tribunal de ADF* remarcó que “el derecho internacional consuetudinario referido en el Artículo 1105(1) no está ‘congelado en el tiempo’ y que el estándar mínimo de trato, en efecto, evoluciona.”⁸⁵ Al reflexionar sobre la naturaleza evolutiva de la regla de trato justo y equitativo, el profesor McLachlan explica que los reclamos modernos de inversión “distan en muy amplia medida del maltrato a los extranjeros en las cárceles o de los errores en las investigaciones de los delitos contra la persona que caracterizaron a los informes de principios del siglo XX .”⁸⁶ Por su parte, el profesor Schreuer más recientemente señaló que “parece estar

⁸¹ *Azurix contra Argentina*, Laudo, ¶¶ 361, 364 (CL-072); *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company contra la República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, ¶ 190 (CL-077); *CMS Gas Transmission Company contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005, ¶¶ 282-84 (CL-078); *Biwater contra Tanzania*, Laudo, ¶ 592 (CL-071); *Rumeli contra Kazajistán*, Laudo, ¶ 611 (CL-070); *Duke Energy contra Ecuador*, Laudo, ¶¶ 332-37 (CL-073); *Impregilo S.p.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/17, Laudo, 21 de junio de 2011, ¶¶ 287-89 (CL-079).

⁸² *El Paso Energy International Company contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011, ¶ 335 (CL-080).

⁸³ *Merrill & Ring Forestry L.P. contra el Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. CNUDMI/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 210 (RL-105).

⁸⁴ Campbell McLachlan, Laurence Shore & Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles* (OUP 2017), ¶ 7.80 (CL-081).

⁸⁵ *ADF Group Inc. contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/1, Laudo, 9 de enero de 2003, ¶ 179 (CL-082) (“[L]o que el derecho internacional consuetudinario proyecta no es una fotografía estática del estándar mínimo de trato dispensado a los extranjeros tal como era en 1927, cuando se emitió el Laudo en el caso *Neer*, pues tanto el derecho internacional consuetudinario como el estándar mínimo de trato a los extranjeros que aquel incorpora están en un proceso de desarrollo constante.”).

⁸⁶ McLachlan y otros, *nota* 84 84, ¶¶ 7.05; 7.10 (CL-081) (“Esta controversia es errónea y la dicotomía que presentan las visiones opuestas es falsa en varios niveles. Adopta una visión excesivamente simplista de las diferencias en la formulación del derecho en diferentes tratados. Sugiere que la única alternativa que le queda a un tribunal es elegir entre

generalmente aceptado en la jurisprudencia relativa a inversiones que el contenido del estándar mínimo internacional ha de determinarse de conformidad con las nociones actuales del derecho internacional y no interpretarse en función de cualquier contenido que haya tenido en algún momento histórico.”⁸⁷ En efecto, apenas hace un mes, un tribunal del CIADI emitió un fallo en contra de Colombia tras determinar que “el Tribunal no acepta que el significado de [el estándar mínimo de tratamiento] conforme al derecho internacional consuetudinario deba permanecer estático. Ha de contemplarse la evolución del significado al igual que evoluciona el mismo derecho internacional consuetudinario.”⁸⁸

47. El entendimiento que comparten las partes del Acuerdo de Promoción Comercial con relación al derecho internacional consuetudinario no hace más que reafirmar su definición generalmente aceptada.⁸⁹ Luego, huelga decir, “[l]a pregunta central es la siguiente: ¿qué requiere actualmente el derecho internacional consuetudinario *en términos del* estándar mínimo de trato que ha de dispensarse a los extranjeros?”⁹⁰

una discreción completa para determinar si una conducta en particular es ‘injusta y no equitativa’, por un lado, y la aplicación de una concepción del derecho internacional consuetudinario ‘congelado en el tiempo’, en algún momento del pasado. Lo más grave de todo es que presenta falsamente el estándar mínimo de trato a los extranjeros en el derecho internacional consuetudinario como si tuviese un contenido bien establecido. Al hacerlo, ignora el nivel de discrepancia entre los Estados a lo largo de gran parte del siglo XX, no solo con respecto al contenido de dicho estándar sino incluso con respecto a si existió o no alguna vez.”)

⁸⁷ Christoph Schreuer y August Reinisch, *International Protection of Investments: Substantive Standards* (Cambridge 2020), ¶ 314 (CL-083).

⁸⁸ *Eco Oro contra Colombia*, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y direcciones con respecto a la cuantía, ¶ 744 (CL-050).

⁸⁹ *Compárese* el Acuerdo de Promoción Comercial, Anexo 10-A (CL-001) (“Derecho internacional consuetudinario. Las Partes confirman el entendimiento compartido de que “el derecho internacional consuetudinario” en general, y específicamente como se lo refiere en el Artículo 10.5, se deriva de una práctica general y sistemática de los Estados que estos siguen con un sentido de obligación legal. Con respecto al artículo citado, el estándar mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos y los derechos de los extranjeros”), *con inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*, 2012 I.C.J. 99, (3 de febrero), pág. 122 (CL-084) (“En particular (...), la existencia de una regla del derecho internacional consuetudinario exige que exista una ‘práctica establecida’ junto con un deber jurídico”) (cita *la Plataforma Continental del Mar del Norte (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Países Bajos)*, 1969 C.I.J. 44, 20 de febrero, ¶ 77 (CL-085)), y *la Plataforma Continental (Yamajiriyá Árabe Libia/Malta)*, 1985 C.I.J. 13, 3 de junio, págs. 29-30 (CL-086) (“Resulta, desde luego, evidente que ha de observarse principalmente el material del derecho internacional consuetudinario en la práctica efectiva y el deber jurídico de los Estados [...]”).

⁹⁰ *Cargill, Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009, ¶ 283 (RL-070).

48. Apoyándose en *Neer*, Colombia asevera que la conducta ha de ser “ofensiva y alarmante, como una denegación grave de justicia, arbitrariedad manifiesta, injusticia flagrante, ausencia total del debido proceso, discriminación evidente o una falta manifiesta de razones”.⁹¹ Aunque la conducta de Colombia en este caso cumpliría incluso con esta articulación largamente reemplazada del estándar rector, el juez Schwebel señaló la improcedencia de invocar a *Neer* en las disputas de inversión actuales:

[El argumento de que *Neer*] es una autoridad que hoy gobierna la interpretación del argumento [del estándar mínimo de trato] engendra su refutación inherente (...). *Neer* no abordaba el trato de los inversores o a las inversiones extranjeras. Como se reconoció de manera acertada en *Mondev*, *Neer* se adoptó en 1926, cuando la persona física (y la sociedad) en el derecho internacional se encontraba, en términos procesales y de fondo, mucho menos desarrollada que hoy en día. *Se sostiene que Neer* es la clave para interpretar el significado del estándar mínimo de trato a extranjeros, pero el mismo concepto de estándar mínimo en el trato a los extranjeros y a sus bienes apenas se encuentra en la ley internacional contemporánea. No aparece en el borrador de los Artículos relativos a la responsabilidad del Estado de la Comisión de Derecho Internacional elaborados tras dos décadas de trabajo aprendido e investigativo.⁹²

49. En el mismo sentido, el profesor Paulsson ha observado que *Neer* es pertinente sólo en los casos en que se fracasa en arrestar y castigar a actores privados de delitos cometidos contra extranjeros” y que la formulación de *Neer* ya no refleja el derecho internacional consuetudinario, o bien ha de limitarse al contexto particular de insuficiencia de la acción de un Estado para arrestar o castigar a delincuentes privados, o ambas cosas.”⁹³ Quizás se deba a estas autoridades contundentes que Colombia, en otro arbitraje del CIADI, “acept[ó] que el Tribunal no está sujeto de manera rígida al estándar establecido en *Neer*.”⁹⁴

⁹¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 196.

⁹² Stephen M. Schwebel, *The Misinterpretation and Misapplication of the Minimum Standard of International Law*, en la resolución de conflictos de ley: Los ensayos en honor de Lea Brilmayer (Chiara Giorgetti, C. y Natalie Klein, editores, Brill Nihhoff 2019) pág. 400 (CL-087).

⁹³ Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, *Neer-ly Mised?*, 32 Miami Law Research Paper Series 242 (2010), págs. 247, 250 (se omiten las citas) (CL-088).

⁹⁴ *Eco Oro contra Colombia*, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y direcciones sobre la cuantía ¶ 744 (CL-050).

50. Hoy en día, la formulación más ampliamente citada de la prueba aplicable es que “el estándar mínimo de trato de justo y equitativo se infringe a causa de una conducta atribuible al Estado y del daño ocasionado al demandante si la conducta es arbitraria, groseramente injusta, injusta o idiosincrática, discriminatoria y que expone al demandante a un perjuicio seccional o racional, o bien implica la falta del debido proceso que deriva en un resultado que ofende los bienes judiciales”; donde, *p.ej.*, el trato viola las “manifestaciones formuladas por el Estado anfitrión en las cuales se fundó, de manera razonable, el demandante.”⁹⁵ Esa articulación “ha logrado una amplia aceptación de parte de tribunales superiores como una declaración valiosa del estándar en su aplicación contemporánea, sin perjuicio de la postura que esos tribunales hayan adoptado respecto de la conexión entre el estándar del tratado y el derecho internacional general o consuetudinario.”⁹⁶

3. Las expectativas legítimas constituyen un factor importante en un reclamo de trato justo y equitativo, pero no es el único.

51. Colombia parece aducir que el reclamo de trato justo y equitativo de las Demandantes se funda exclusivamente en violaciones a sus expectativas legítimas, aunque las Demandantes han explicado con claridad que este es tan solo uno de los varios componentes de su reclamo, el cual, como se explica en detalle en la Solicitud de Arbitraje, también incluye la denegación de justicia y del debido proceso.⁹⁷ En primer término, con respecto a los elementos de la denegación de justicia y del debido proceso, Colombia admite las violaciones de denegación de justicia y del debido proceso como parte del estándar de trato justo y equitativo en virtud del derecho internacional consuetudinario.⁹⁸ Como observa el profesor Paulsson en su libro sobre la denegación de justicia, “[e]n el derecho internacional, la denegación de justicia tiene que ver con el debido proceso y con nada más, y eso es suficiente.”⁹⁹ El debido proceso requiere que el Estado demandado proporcione:

⁹⁵ *Waste Management Inc. contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004, ¶ 98 (RL-096).

⁹⁶ McLachlan y otros, *nota* 84 84, ¶ 7.175 (CL-081).

⁹⁷ la Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 96 – 173.

⁹⁸ el Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 197.

⁹⁹ Jan Paulsson, *Denial of Justice in International Law* (CUP 2005), pág.7 (CL-089).

[U]n procedimiento legal real y sustancial para que un inversor interponga sus reclamos [o defensas] en contra de las acciones privativas ya adoptadas, *o por adoptarse*, en su contra. Para que dicho procedimiento legal sea significativo, se espera que existan algunos mecanismos legales básicos, como la notificación razonable cursada por anticipado, una audiencia justa y un adjudicador no sesgado e imparcial para que evalúe las acciones en disputa, que se hallen disponibles y sean accesibles por el inversor. En general, el procedimiento judicial debe ser de una naturaleza tal que otorgue al inversor afectado una probabilidad razonable, dentro de un periodo razonable, para que reclame sus derechos legítimos y se oigan sus reclamos [o defensas]¹⁰⁰

52. Por consiguiente, el estándar contempla la “interven[ci]ón cuando el mismo proceso fracasa en conceder las cualidades básicas que justifican su existencia”.¹⁰¹ En el caso paradigmático de *Loewen*, por ejemplo, el tribunal determinó la violación a un debido proceso de parte de los Estados Unidos, donde un tribunal estatal de Mississippi había adjudicado daños por USD 500 millones, incluidos USD 400 millones en daños punitivos y en el cual un requisito de bono de apelación del 125% juzgó sin sentido la capacidad de apelar del inversor.¹⁰² Sobre esos hechos, el tribunal determinó que “[p]or cualquier estándar de medición, el juicio adolecía de falta de decoro. Por cualquier estándar de evaluación, el magistrado no le concedió el debido proceso a Lowen.”¹⁰³

53. Más recientemente, el tribunal en *Chevron contra Ecuador* articuló la prueba aplicable al evaluar “si un shock o una sorpresa a un tribunal imparcial conlleva, pensándolo mejor, inquietudes justificadas respecto de los bienes judiciales del [fallo del tribunal local], si se mantienen sustancialmente no corregidos o remediados dentro del sistema jurídico propio del Demandante”.¹⁰⁴ El tribunal de *Chevron* consideró que “existían ante [los tribunales y las autoridades judiciales del demandante], al menos, pruebas sólidas prima facie de mala conducta, fraude procesal y (en particular) ‘redacción fantasma’ que planteaban inquietudes justificadas

¹⁰⁰ *ADC Affiliate Ltd. y ADC & ADMC Management Limited contra la República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006, ¶ 435 (énfasis nuestro) (CL-090).

¹⁰¹ *McLachlan y otros*, nota 84 84, ¶ 7.109 (CL-081).

¹⁰² Véase en general *Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen contra los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 (CL-091).

¹⁰³ *Id* en ¶ 119 (CL-091).

¹⁰⁴ *Chevron Corp. contra Ecuador*, Segundo laudo parcial sobre la Vía II, ¶ 8.26 (CL-042).

respecto de los bienes judiciales del Litigio de Agro Agrio y del Fallo de Lago Agrio”¹⁰⁵, antes de concluir en una denegación de justicia debido a la “conducta corrupta del Tribunal de Lago Agrio, además de la falta de una reparación adecuada dentro del propio sistema jurídico del Demandado.”¹⁰⁶

54. Además de los actos ilícitos judiciales, el inversor también puede invocar el estándar de trato justo y equitativo “como forma de resolver los actos ilícitos administrativos”, *es decir*, puede “entablar un reclamo por violación del trato que se funde directamente en los alegatos de acto ilícito administrativo” y el inversor puede hacerlo “sin perjuicio de si ha solicitado una reparación ante los tribunales locales.”¹⁰⁷ Además, el “proceso” permea el contenido del fallo o de las decisiones adjudicatorias en cuanto a que un tribunal “puede evaluar los fundamentos jurídicos del fallo con miras a indagar si concede pruebas de sesgo, fraude deshonesto o falta de imparcialidad.”¹⁰⁸

55. Por otra parte, las declaraciones públicas de la CGR en este arbitraje ponen de manifiesto un perjuicio y un sesgo de cara al debido proceso, además de que violan el estándar de trato justo y equitativo.¹⁰⁹ Como se explica en la Solicitud de Arbitraje, dado que el procedimiento de la CGR se encontraba en las primeras etapas en 2016, un comunicado de prensa de la CGR tildó públicamente “el control administrativo” de FPJVC de “vergonzoso”, además de afirmar que “[el] control administrativo llevado a cabo por [FPJVC] es verdaderamente vergonzante.”¹¹⁰ Esto se

¹⁰⁵ *Id.* en ¶ 8.33.

¹⁰⁶ *Id.* en ¶¶ 8.76-77.

¹⁰⁷ McLachlan y otros, *nota* 84 84, ¶¶ 7.104, 7.174 (CL-081); *OI European Group B.V. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015, 491 (RL-157) (“La obligación del trato justo y equitativo puede violarse (...) [a]través de acciones administrativas realizadas por las autoridades administrativas de las cuales el Estado es responsable, directamente contra el inversor.”).

¹⁰⁸ Gerald G. Fitzmaurice, *The Meaning of the Term Denial of Justice*, 13 Brit. Y.B. Int’l L. 93 (1932), págs. 112-13 (CL-092).

¹⁰⁹ *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶ 1348 (“El sesgo de un responsable de la toma de decisiones deriva en una violación del estándar de trato justo y equitativo.”) (CL-005).

¹¹⁰ Solicitud de Arbitraje, ¶ 165 (que cita el Comunicado de Prensa No. 82, disponible en https://protect-us.memecase.com/s/SILMCG69jMhmPpKqUKUq_0, y el *Contralor reconoce que debió ser mas diligente durante cuatro años Reficar*, LA OPINION, 6 de mayo de 2016, disponible en <https://www.laopinion.com.co/colombia/contralor-reconoce-que-debio-ser-mas-diligente-durante-cuatro-anos-reficar-111371#OP> (C-022). El objetivo claro de esta declaración era su republicación y no tenía nada que ver con los fundamentos jurídicos de los procedimientos subyacentes de la CGR.

continuó en la acusación de la CGR de 2018 cuando esta declaró en un documento público (que es una de las autoridades más citadas por Colombia en este arbitraje) que “[l]a construcción de la refinería de Cartagena (Reficar) se convirtió en el ejemplo más grande de improvisación, falta de controles y despilfarro de recursos,”¹¹¹ y que la “(t)olerancia de determinada conducta, como ocurrió en el caso Reficar, es francamente inaceptable. Tres años después, la CGR emitió su decisión en contra de JFJVC.”¹¹²

56. Con respecto al elemento de las expectativas legítimas, que haya ocurrido o no una violación al trato justo y equitativo depende, en amplia medida, de si el Estado incumplió con las expectativas legítimas de los inversores.¹¹³ En este caso, los Demandantes tenían una expectativa legítima de contar con un marco jurídico y que Colombia respetaría sus derechos contractuales.

57. En cuanto al primero, “[n]umerosos tribunales han recalado que el marco jurídico tal como que existía al momento de efectuarse la inversión era decisivo para cualquier expectativa legítima”, reconociendo de ese modo “la preocupación del inversor por la planificación y la estabilidad con base en la orden [legal y económica del estado anfitrión] al momento de la inversión”.¹¹⁴ En particular, “[m]ientras que el inversor prudente examinará minuciosamente las

¹¹¹ Oficina de la Contraloría General de la República de Colombia, GRANDES HALLAZGOS; ASÍ DESTAPÓ LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA LOS CASOS MÁS SONOROS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA. DEL CARTEL DE HEMOFILIA A LOS ESTRAFALARIOS SOBRECOSTOS DE REFICAR PASANDO POR EL SAQUEO AL PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR (Imprenta Nacional 2018), págs. 16, 45 (R-49).

¹¹² En *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶ 1348 (CL-005), el Tribunal concedió un laudo de compensación contra Colombia, sobre la base de una decisión inadecuada de la CGR. Al comentar la campaña realizada por CGR para desprestigiar al Demandante en el presente caso, el Tribunal señaló que los comentarios públicos sobre dicho asunto vertidos por la máxima autoridad de la CGR eran “reprobables y desacertados.”

¹¹³ *EDF (Services) Limited contra Rumanía*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, ¶ 216 (CL-093) (“El Tribunal comparte la visión expresada por otros tribunales de que uno de los principales componentes del estándar de trato justo y equitativo son las “expectativas legítimas y razonables (de las partes) con respecto a la inversión que han realizado.”).

¹¹⁴ Dolzer y Schreuer, *nota* 79 79, pág. 146 (CL-074); véase también, *Cube Infrastructure Fund SICAV y otros contra el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/20, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y Decisión parcial sobre la cuantía, 19 de febrero de 2019, ¶ 388 (CL-094) (“[E]s suficiente con que un régimen reglamentario se establezca con el objetivo evidente de atraer inversiones garantizándoles a los inversores la perspectiva de que las inversiones estarán sujetas a un conjunto de principios reglamentarios específicos que, como política deliberada, se mantendrán vigentes durante un periodo definido. Tales regímenes tienen el simple objetivo de crear expectativas en las cuales los inversores confíen. En la medida en que las expectativas sean objetivamente razonables, originan expectativas legítimas cuando las inversiones realmente se llevan a cabo apoyándose en ellas.”); *9REN Holding S.a.r.l contra el Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019, ¶ 294 (CL-095) (“[E]l Tribunal acepta como correcta la observación (...) de que las expectativas legítimas pueden originarse en ‘normas no dirigidas de manera específicamente a un inversor

leyes antes de la inversión, el Estado anfitrión debe en todo momento ser consciente de que su orden judicial conforma las bases de las expectativas legítimas”.¹¹⁵

58. Por ejemplo, “no establecer un regulador independiente e imparcial, aislado de la influencia política, constituye un incumplimiento de la regla de trato justo y equitativo, por cuanto representa un alejamiento de la expectativa legítima [del demandante] respecto de que se establecería un regulador imparcial.”¹¹⁶ De modo similar, el tribunal de *Yukos* determinó lo siguiente:

Las Partes coinciden en que Yukos y sus competidores consideraron que las posturas adoptadas por las autoridades tributarias en cuestiones de responsabilidad fiscal son exigentes, erráticas e imprevisibles. No obstante, el Tribunal no puede aceptar que las expectativas de Yukos debieron haber incluido la extremidad de las acciones que en el supuesto se le impusieron. [El demandante] y sus colegas seguramente no pudieron haber previsto el fundamento y la inmensidad de las tasas y sanciones fiscales. No pudieron haber previsto que se le impondrían más de trece mil millones de dólares en impuestos y sanciones impagos a Yukos por el IVA impago sobre las exportaciones de petróleo.¹¹⁷

59. En este caso, Colombia frustró las expectativas legítimas de las Demandantes de que Colombia brindaría un marco jurídico justo y previsible y aplicaría sus leyes de manera uniforme. Como se explicó en la Solicitud de Arbitraje, algunos de los ejemplos más ofensivos son:

- La aplicación errónea de Colombia de sus propias leyes para asistir a CGR en sus esfuerzos por mantener la jurisdicción sobre FPJVC.

en particular, pero que se establecen con el objetivo específico de inducir inversiones extranjeras en las cuales el inversor extranjero se apoya al llevar a cabo su inversión”).

¹¹⁵ Dolzer y Schreuer, *nota* 79 79, pág. 146 (CL-074).

¹¹⁶ *Biwater contra. Tanzania*, Laudo, ¶ 615 (CL-071).

¹¹⁷ *Yukos Universal Ltd. (Isla of Man) contra la Federación Rusa*, Caso PC No. 2005-04/AA227, Laudo definitivo, 18 de julio de 2014, ¶ 1578 (CL-096); véase también *Ioannis Kardassopoulos y Ron Fuchs contra la República de Georgia*, Caso CIADI N.º ARB/05/18 y ARB/07/15, Laudo, 3 de marzo de 2010, ¶ 441 (CL-097) (donde se establece que un inversor “mantuvo durante todo el plazo de su inversión la expectativa legítima de que Georgia llevaría a cabo su inversión de una manera que fuera justificada, de manera razonable, y que no violaría de manera manifiesta los requisitos básicos de sistematicidad, transparencia, imparcialidad y no discriminación”).

- La aplicación discriminatoria de Colombia de esas leyes a favor de ciudadanos colombianos.
- La omisión de Colombia de proteger los derechos al debido proceso de las Demandantes, incluida la expectativa de estos de que no podrán considerarse responsables sin que mediara una prueba de negligencia grave, culpa o causal.
- La evaluación de Colombia de daños gravemente desproporcionados y determinados de forma irracional.
- Los cambios introducidos por Colombia en sus teorías de los daños durante el procedimiento de la CGR, sin brindarles a las Demandantes la oportunidad de abordarlas.
- La aplicación retroactiva de parte de Colombia a las Demandantes de una ley que amplía la definición de “administrador fiscal” y, por ende, la jurisdicción de la CGR, adoptada después de que el procedimiento de la CGR estuviera pendiente durante años y después de que fuera claro que las Demandantes solicitarían una reparación conforme a las causales del Acuerdo de Promoción Industrial, entre otras cosas, respecto de que no eran administradores fiscales; y por
- último, la omisión de Colombia de respetar y proteger los derechos contractuales de las Demandantes.¹¹⁸

60. En cuanto a esto último, las expectativas legítimas pueden también consistir en compromisos específicos, como los términos contractuales entre el Estado y un inversor, diseñados por el Estado. Según las palabras del tribunal de *Glencore*, que estableció la violación cometida por,

las expectativas [legítimas] surgen cuando un Estado (o sus agencias) formulan manifestaciones o compromisos o garantías en las cuales el inversor extranjero se apoya (en ejercicio de un juicio comercial objetivamente razonable), y la frustración tiene lugar cuando el Estado posteriormente cambia su postura en desmedro de esas expectativas, de forma tal que ocasiona daños al inversor.¹¹⁹

¹¹⁸ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 168 – 73. Con respecto a la aplicación retroactiva del nuevo estándar legal de Colombia, que se estableció después de que se presentara la solicitud de arbitraje, véase la Solicitud en ¶¶ 64-71.

¹¹⁹ *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1366-67 (CL-005).

61. Aquí también, FPJVC esperaba que Colombia avalara sus derechos conforme al Contrato con Reficar, un brazo del Estado colombiano, incluidos los derechos de FPJVC de [REDACTED]

62. Las expectativas legítimas revisten una importancia fundamental para el trato justo y equitativo de los inversores.¹²⁰ En efecto, “han sido aceptadas por la jurisprudencia como el elemento clave y, probablemente, el más abarcador de la norma internacional.”¹²¹ Como lo sostuvo un tribunal reciente del CIADI,

la violación de la expectativa de que un Estado podría conducirse a sí mismo de manera imparcial, regular y razonable no representa un fundamento jurídico separado para determinar la violación del estándar de trato justo y equitativo. El estándar de trato justo y equitativo, en sí mismo, establece dicha obligación. Por lo tanto, no existe ninguna necesidad de colocar este constructo jurídico dentro de la categoría de expectativas legítimas.¹²²

63. Por todas las razones expuestas, las Demandantes han establecido *prima facie su reclamo de trato justo y equitativo*.

B. El reclamo de expropiación cumple con la prueba *prima facie*

64. Las Demandantes son una agrupación de empresas contractual que invirtió en Colombia mediante la celebración de un Contrato y cumpliendo con este, incluido el

¹²⁰ Véase, por ejemplo, *Waste Management contra México*, Laudo, ¶ 98 (RL-096) (“Para aplicar el estándar [del trato justo y equitativo] [conforme al derecho internacional consuetudinario], es importante que el trato viole las manifestaciones formuladas por el Estado anfitrión y en las cuales el demandante se apoyó de manera razonable”); *Merrill & Ring Forestry contra Canadá*, Laudo, ¶ 233 (RL-105) (“[T]odo inversor tendrá una expectativa de que su negocio pueda llevarse adelante en un marco normal sin interferencias de reglamentaciones gubernamentales que no estén respaldadas por objetivos apropiados de política pública.”); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. contra la República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Decisión sobre anulación, 21 de marzo de 2007, ¶¶ 67-68 (CL-098) (que determina que las expectativas legítimas son pertinentes para la aplicación del trato justo y equitativo aun cuando no pudieren, por sí mismas, configurar una violación a un tratado por fuera del trato justo y equitativo). Véase también Dolzer y Schreuer, *nota* 79 79, pág. 145 (CL-074) (“Las manifestaciones específicas desempeñan un papel central en la creación de expectativas legítimas.”).

¹²¹ Martins Paporinskas, *International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment* (OUP 2013), pág. 251 (CL-099).

¹²² *Marfin Investment Group Holdings S.A. y otros contra la República de Chipre*, Caso CIADI No. ARB/13/27, Laudo, 26 de julio de 2018, ¶ 315 (CL-100).

establecimiento de una presencia significativa en Colombia a través de la cual se proporcionaron esos servicios. El Artículo 10.7.1 establece lo siguiente:

[n]inguna Parte puede expropiar o nacionalizar una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, a través de medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización (‘expropiación’), salvo en las siguientes circunstancias: (a) para un propósito público, (b) de una forma no discriminatoria, (c) para el pago de una compensación rápida, adecuada y efectiva, y (d) de acuerdo con el debido proceso legal y el Artículo 10.5.

65. Colombia privó a FJPVC de dos derechos contractuales centrales, entre estos, [REDACTED]

[REDACTED]

66. El Artículo 10.7 del Acuerdo de Promoción Comercial establece que Colombia no puede “expropiar o nacionalizar una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, a través de medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización”, salvo en ciertas excepciones.¹²³ El Anexo 10-B del citado acuerdo establece que una expropiación indirecta tiene lugar cuando “una acción o una serie de acciones realizadas por una Parte tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa, sin la transferencia formal de título o de confiscación directa”. En virtud del Acuerdo de Promoción Comercial, los factores que han de considerarse en una investigación por una expropiación indirecta son los siguientes:

[E]l impacto económico de la acción del gobierno, aunque el hecho de que una acción o una serie de acciones realizadas por una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que haya tenido lugar una expropiación indirecta.

- La medida en la cual la acción gubernamental interfiere en expectativas distintivas, respaldadas por una inversión razonable, y

¹²³ Para identificar la expropiación indirecta, la investigación consiste en si una interferencia de un gobierno privó o no al inversor, de manera total o de forma significativa, del uso o del beneficio que pueda preverse razonablemente de su inversión.

- El carácter de la acción gubernamental.¹²⁴

67. De hecho, “[h]oy es un principio bien aceptado del derecho internacional que la expropiación puede ocurrir mediante la toma formal directa y deliberada, o indirecta, de medidas que deriven en una privación sustancial del uso y el valor de la inversión, aunque el título efectivo del activo permanezca en el inversor”.¹²⁵ Como lo explicó un tribunal del CIADI, una expropiación indirecta consiste en una:

[I]nterferencia encubierta o incidental en el uso de los bienes, que tiene el efecto de privarle al propietario, en su totalidad o en una parte importante, del uso o el beneficio económico que ha de esperar de manera razonable de los bienes, aun cuando no sea necesariamente en un beneficio obvio para el Estado anfitrión.¹²⁶

68. Al considerar reclamos de expropiación indirecta, los tribunales han exigido “alguna forma de privación del inversor en el control de la inversión, la gestión diaria de la operación de la empresa, la interferencia en la administración, la distribución pendiente de dividendos, la interferencia en la designación de funcionarios y directores o la privación de la empresa del uso de sus bienes o del control total o parcial”.¹²⁷

69. La opinión de Colombia de que “es imposible – como cuestión de derecho - que se expropian de manera indirecta derechos contractuales específicos”¹²⁸ es contraria a la jurisprudencia que existe de larga data sobre el proyecto. Ya en 1926, la Corte Permanente de Justicia Internacional emitió una resolución en *algunos intereses alemanes en Alta Silesia* respecto de que “el deber de compensar en el supuesto de expropiación no puede evadirse aplicando el concepto solamente a determinados tipos de bienes.”¹²⁹ El Tribunal de Irán-EE. UU. estuvo de acuerdo y concluyó que el derecho internacional cubre la expropiación, ya sea ‘formal o de facto

¹²⁴ Acuerdo de Promoción Comercial, Anexo 10-B, Expropiación ¶ 3 (CL-001).

¹²⁵ N. Blackaby y C. Partasides, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (5th ed Oxford 2009), ¶ 8.81 (CL-101).

¹²⁶ Véase *Metalclad Corp. contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000, ¶ 130 (CL-102).

¹²⁷ *PSEG Global, Inc. y Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi contra Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, ¶ 278 (CL-103).

¹²⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 219.

¹²⁹ *Caso sobre determinados intereses alemanes en Alta Silesia polaca* (Alemania contra Polonia), Fallo, 25 de agosto de 1925, ¶ 168 (CL-104).

y si los bienes son tangibles o intangibles, como los derechos contractuales involucrados en el caso actual.”¹³⁰ Como lo explicó un tribunal del CIADI, que “el Tribunal [no puede] aceptar el argumento de que el término ‘expropiación’ se aplica con relación a una cosa determinada. La cancelación del proyecto por parte de la Demandada tuvo el efecto de tomar determinados derechos e intereses importantes de las Demandantes. En ese sentido, existe una autoridad considerable para la propuesta de que los derechos contractuales gocen de la protección del derecho internacional y que la toma de dichos derechos entraña una obligación de compensación.”¹³¹ Otro tribunal del CIADI explicó que “[n]o puede haber ninguna duda de que los derechos contractuales pueden ser expropiados, y que varios casos de tratados han surgido a raíz de disputas contractuales. El mismo acto que puede violar un tratado también puede violar un contrato, o bien tanto el tratado como el contrato. Que exista una superposición no impide que un tribunal considere el acto como una posible violación de un tratado.”¹³²

70. En situaciones como la actual, con relación a los derechos contractuales de un inversor extranjero, los tribunales del CIADI han resuelto que esos derechos pueden expropiarse a raíz de la rescisión de un contrato de parte de un Estado por decreto, o mediante una serie de “actos soberanos concebidos ilegítimamente para dar por concluida la concesión”.¹³³ En este caso, los derechos contractuales de las Demandantes se expropiaron mediante la imposición de un decreto ilícito que les exigía pagarle muchas veces a Colombia los ingresos que percibían por

¹³⁰ *Phillips Petroleum Co. Iran contra National Iranian Oil Co.*, Caso del Tribunal de Reclamos Irán-Estados Unidos (IUSCT) No. 39, Laudo No. 425-39-2, 29 de junio de 1989, ¶ 76 (CL-105).

¹³¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo, 20 de mayo de 1992, ¶ 165 (RL-168).

¹³² Véase, por ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007, ¶ 7.5.4 (CL-106); véase también *Siemens A.G. contra Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007, ¶ 271 (CL-107) (los derechos contractuales pueden expropiarse sobre la base de la determinación de un contrato por decreto por parte de un Estado o mediante una serie de “actos soberanos diseñados de manera ilegítima para dar por concluida la concesión.”); *Saipem contra la República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/07 (CL-108) (que sostiene que los derechos contractuales habían sido expropiados mediante acción judicial y advierte que “[es]tá ampliamente aceptado en el derecho internacional general que los derechos inmateriales pueden ser objeto de expropiación”); *European Media Ventures S.A. contra la República Checa*, CNUDMI, Laudo parcial sobre responsabilidad, 8 de julio de 2009, ¶¶ 64-65 (CL-109) (los derechos en virtud de un contrato privado eran susceptibles de ser expropiados).

¹³³ Véase *Siemens contra Argentina*, Laudo, ¶ 271 (CL-107) (los derechos contractuales pueden expropiarse en razón de la rescisión de un contrato por decreto de parte de un Estado o mediante una serie de “actos soberanos concebidos ilegítimamente para dar por concluida la concesión”).

llevar a cabo su trabajo, precisamente de acuerdo con el Contrato.¹³⁴ En suma, los reclamos de expropiación de las Demandantes cumplen con la prueba *prima facie*.

C. El reclamo del trato de Nación Más Favorecida cumple con la prueba *prima facie*

71. Colombia, al objetar la aplicación de la cláusula paraguas del TBI entre ese país y Suiza, plantea una serie de argumentos que, para todo los fines prácticos, determinaría la nulidad de las cláusulas de nación más favorecida en virtud de la ley de inversiones internacionales mediante la lectura de condiciones excesivamente restrictivas en la cláusula de nación más favorecida, que carece de fundamentos en la redacción del Acuerdo de Promoción Comercial u otro.

1. El Acuerdo de Promoción Comercial contempla la importación de protecciones sustanciales

72. El Artículo 10.4 de dicho acuerdo establece:

1. Cada Parte le dispensará a los inversores de la otra un tratamiento que no será menos favorable que el que dispensa, en iguales circunstancias, a los inversores de cualquier otra Parte o de cualquier otra Parte no contendiente, en lo que hace al establecimiento, la adquisición, la ampliación, la gestión, la conducción, la operación, la venta y otra enajenación de las inversiones en su territorio.

2. Cada Parte tratará a las inversiones cubiertas de manera no menos favorable que como trata, en iguales circunstancias, a las inversiones, dentro de su territorio, de los inversores de cualquier otra Parte o de cualquier Parte no contendiente, en lo que hace al establecimiento, la adquisición, la ampliación, la gestión, la conducción, la operación, la venta u otra enajenación de las inversiones.

73. Además, una nota al pie del Artículo confirma que “[p]ara mayor claridad, el tratamiento referido en los párrafos 1 y 2 del Artículo 10.4 no comprende los mecanismos de resolución de disputas, como los de la Sección B, que se establecen para los tratados de inversión internacionales o los acuerdos comerciales”. No existe una redacción correspondiente que excluya disposiciones sustanciales.

¹³⁴ *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo, 30 de octubre de 2017, ¶ 7.49 (CL-110).

74. Contrariamente a lo que sostiene Colombia, está muy establecido que las disposiciones sobre la nación más favorecida pueden utilizarse para importar protecciones de tratados sustanciales de otros tratados. De hecho, constituye el principio que motiva – “la verdadera esencia” – las disposiciones sobre la nación más favorecida.¹³⁵ “Las cláusulas de la nación más favorecida contemplan la importación de mejores derechos sustanciales contenidos en otros tratados celebrados por el Estado anfitrión.”¹³⁶ Dicho de otro modo, “Las cláusulas de la nación más favorecida elevan el nivel de protección de cualquier Estado anfitrión dado al nivel máximo concedido en cualquier tratado de inversión de dicho Estado.”¹³⁷

Las cláusulas de nación más favorecida - en particular las que se refieren simplemente a un trato ‘mejor’ o a ‘todo’ el trato, pero posiblemente aquellas que se aplican al ‘tratado relacionado con la gestión, el mantenimiento, el uso o la enajenación de la inversión’, con o sin una disposición que aclare que los inversores deban encontrarse en ‘situaciones similares’ – pueden interpretarse de manera fidedigna en el sentido de que les permiten a los inversores cubiertos apoyarse en mejores estándares sustanciales de trato concedidos en uno de los Institutos de Auditores Internos de un país tercero del estado anfitrión.¹³⁸

75. Por lo tanto, “[e]l peso de la autoridad claramente apoya la visión de que una regla de nación más favorecida le otorga al demandante el derecho de beneficiarse de garantías sustanciales contenidas en tratados terceros.”¹³⁹

¹³⁵ *Vladimir Berschader y Moïse Berschader contra Rusia*, Caso No. 080/2004, Laudo, 21 de abril de 2006, ¶ 179 (CL-111) (“[S]e ha acordado universalmente que la existencia misma de una disposición de nación más favorecida en un TBI tiene por fin dispensarles a los inversores toda la protección sustancial que proveen tratados ulteriores[.]”); *White Industries Australia Ltd. contra la República de India*, CNUDMI, Laudo definitivo, 30 de noviembre de 2011, ¶¶ 11.2.3-11.2.4 (CL-209) (donde se importa una disposición sustancial más favorable que no entorpece el equilibrio negociado del TBI, sino que, antes bien, “logra exactamente el resultado buscado por las partes ante la incorporación de una cláusula de nación más favorecida en el TBI”).

¹³⁶ Patrick Dumberry, *The Importation of “Better” Fair and Equitable Treatment Standard Protection Through MFN Clauses: An Analysis of NAFTA Article 1103*, 14 *Transnat’l Disp. Management J.* 1 (2017), págs. 2, 13-14 (CL-112).

¹³⁷ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (CUP 2009), pág. 142 (CL-113).

¹³⁸ Stephan W. Schill, *MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A Reply to Simon Batifort and J. Benton Heath*, 111 *Am. J. Int’l L.* 914 (2017), p. 921 (CL-114).

¹³⁹ Dolzer y Schreuer, *nota* 79 79, pág. 211 (CL-074); véase, p. ej., *ICS Inspection and Control Services Limited contra la República Argentina*, Caso PCA No. 2010-09, Laudo sobre jurisdicción, 10 de febrero de 2012, ¶ 286 (CL-115) (donde se reconoce que el “tratamiento” en las cláusulas de nación más favorecida comprende las disposiciones de trato sustanciales); véase también *Ieva Kalnina, White Industries contra la República de India: A Tale of Treaty Shopping and Second Chances*, 9 *Transnat’l Disp. Mgmt.* 1 (2012), pág. 6 (CL-116) (donde se coincide en que la importación de disposiciones sustanciales a través de disposiciones de nación más favorecida no es controvertida); J. Romesh

76. Además, en línea con el Artículo 31(1) del Convenio de Viena, el Artículo 10.4 del Acuerdo de Promoción Comercial “ha de interpretarse de buena fe, de acuerdo con el significado habitual que se atribuye a los términos del tratado dentro de su contexto y a la luz de su objeto y propósito”.¹⁴⁰ Al aplicarse esas normas interpretativas, resulta útil recordar que la redacción del Artículo 10.4 *no* contiene una prohibición a la importación de protecciones de tratados sustanciales de otros tratados y, además - “[para mayor certeza”¹⁴¹ – contiene una exclusión para recurrir a mecanismos de resolución de disputas de otros tratados.¹⁴²

77. A todas luces, entonces, las partes del Acuerdo de Promoción Comercial contemplaron los límites de la disposición de nación más favorecida cuando negociaron la redacción del acuerdo citado. Y “[c]onforme a la presunción bien establecida *expressio unius est exclusio alterius*,”¹⁴³ la exclusión *expresa* de recurrir a mecanismos para la resolución de disputas disponibles en otros tratados debe leerse como una *inclusión* de otros tipos de disposiciones, principalmente, de protecciones sustanciales. De acuerdo con esta máxima, otro tribunal, por ejemplo, sostuvo que una exclusión expresa de asuntos tributarios derivada de la protección de la nación más favorecida implica que recurrir a mecanismos para la resolución de disputas en virtud de otros tratados estaba permitida:

El Artículo 7 excluye de manera expresa la transferencia de la protección de la nación más favorecida de otros tratados con respecto a [entre otras, la tributación] (...) Presenta una decisión sin ambigüedades de los dos Estados cuando concluye que el TBI que contiene a las cláusulas de nación más favorecida no se aplica a esas cuestiones tributarias (...) A la luz de la redacción minuciosa del

Weeramantry, *Treaty Interpretation in Investment Arbitration* (OUP 2012), pág. 177 (CL-117); Scott Vesel, *Clearing a Path Through a Tangled Jurisprudence: Most-Favored-Nation Clauses and Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties*, 32 *Yale J. Int'l L.* 125 (2007), pág. 163 (CL-118).

¹⁴⁰ Convención de Viena sobre la ley de tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, Art. 31(1) (RL-053) (“Convención de Viena”).

¹⁴¹ Acuerdo de Promoción Comercial, Art. 10.4 n.2 (CL-001).

¹⁴² En efecto, el tema de recurrir o no a las disposiciones sobre resolución de conflictos (por oposición a la importación de protecciones sustanciales) de tratados de terceros está permitido, y ha sido el centro de gran parte del debate en torno a las cláusulas de la nación más favorecida. Dolzer y Schreuer, *nota* 79 79, pág. 211 (CL-074) (“El grupo más voluminoso de casos [dentro del contexto de la nación más favorecida] trata la aplicabilidad de las cláusulas de nación más favorecida no para para las garantías sustantivas sino para la resolución de disputas (...). . . [La]práctica en dicho campo [a diferencia de la importación de garantías sustanciales] es menos directa y, hasta cierto punto, dividida.”).

¹⁴³ *Tokios Tokelés contra Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre jurisdicción, 29 de abril de 2004, ¶ 30 (CL-119).

Artículo 8 y de la redacción restrictiva que aparece allí, por cierto no puede asumirse que las Partes “olvidaron” el arbitraje al momento de redactar y acordar el Artículo 7. Si las Partes quisieran que las cláusulas de nación más favorecida tampoco se aplicaran al arbitraje, hubiera sido sencillo, en efecto, añadir un inciso (c) a tales efectos en el Artículo 7. Que este no haya sido el caso, en opinión del Tribunal, confirma aún más que las cláusulas de nación más favorecida del Artículo 3 también se aplican a las presentaciones del arbitraje en otros tratados.¹⁴⁴

78. En este mismo sentido, otro tribunal, apoyándose solamente en la estructura del tratado estándar, sostuvo que

[e]l texto del Tratado indica que sus redactores reconocieron una distinción entre *derechos sustantivos* con relación a las inversiones y *procedimientos de medios de reparación* con relación a esos derechos. Los derechos sustantivos, en lo que hace a las *inversiones* que se encuentran en los Artículos II-VI del Tratado, y los procedimientos para la resolución de *disputas* relacionadas con tales derechos, se establecen en el Artículo VII. Esta distinción sugiere con firmeza que el ‘trato’ de las ‘inversiones para las cuales se otorgaron derechos de nación más favorecida tuvo por fin referirse únicamente al alcance de los *derechos sustantivos* identificados y adoptados en el Artículo II-VI.¹⁴⁵

79. La misma inferencia estructural confirma aún más que la cláusula de nación más favorecida del Acuerdo de Promoción Comercial importa protecciones sustantivas de otros tratados. En el Acuerdo de Promoción Comercial, “el otorgamiento de derechos sustantivos con relación a la inversión se establece mediante las disposiciones del [Capítulo 10, Sección A, Artículos 10.1-14 (“Inversión”)], mientras que los procedimientos (o modalidades) para resolver disputas vinculadas a la protección de esos derechos sustantivos se abordan en el [Capítulo Diez,

¹⁴⁴ *RosInvestCo UK Ltd. contra la Federación Rusa*, Caso SCC No. V079/2005, Laudo sobre jurisdicción, 1 de octubre de 2007, ¶ 135 (CL-120); véase también *National Grid plc contra la República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre jurisdicción, 20 de junio de 2006, ¶ 82 (CL-121); *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17, Decisión sobre jurisdicción, 16 de mayo de 2006, ¶ 56 (CL-122); *Siemens contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción, 3 de agosto de 2004, ¶¶ 83-86 (CL-123).

¹⁴⁵ *Kilic Insaat Ithalat Ihracat Sanayi ve Ticaret Anonim Sirketi contra Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/1, Laudo, 2 de julio de 2013, ¶ 7.3.9 (CL-124).

Sección B, Artículos 10.15-28 (“Resolución de disputas entre Inversor y Estado”).”¹⁴⁶ Como se explica *más arriba*, la nota al pie del Artículo 10.4 torna esta conclusión más aparente.

80. Si fuera necesaria una confirmación adicional de esta interpretación del Artículo 10.4, el Acuerdo reciente entre Estados Unidos, México y Canadá, a diferencia del Acuerdo de Promoción Comercial, contiene una redacción específica que aborda la importancia de las obligaciones sustantivas:

A los fines de este párrafo: (i) el ‘trato’ referido en el Artículo 14.5 (Trato de la nación más favorecida) *excluye las disposiciones* de otros acuerdos internacionales de comercio o inversión que establecen procedimientos para la resolución de disputas, o *imponen obligaciones sustantivas*. El (ii) ‘trato’ referido en el Artículo 14.5 solamente comprende las medidas adoptadas o mantenidas por la otra Parte del Anexo, que para mayor claridad puede *incluir medidas adoptadas con motivo de la implementación de obligaciones sustantivas* en otros acuerdos internacionales de comercio o inversión.¹⁴⁷

81. Los negociadores del tratado para Colombia y los Estados Unidos redactaron la cláusula de nación más favorecida de forma deliberada y saben cómo efectuar una exclusión de una obligación específica de la importación de la cláusula de nación más favorecida. En el Acuerdo de Fomento Comercial no existe ninguna exclusión semejante de protecciones sustantivas, y los esfuerzos de Colombia para que el Tribunal, en efecto, modifique el Tratado deberían rechazarse.

2. El citado acuerdo permite la importación de cláusulas paraguas.

82. Asimismo, Colombia sostiene que “aun cuando la cláusula de nación más favorecida pudo haberse [*sic*] utilizado como un mecanismo de importación, como lo afirman las Demandantes (*de manera pública*), no sería posible utilizar la cláusula de nación más favorecida del Tratado para importar un nuevo derecho de un tratado de inversión suscrito con un país tercero (como sería el caso de la cláusula paraguas) que no se encuentra en el tratado de base.”¹⁴⁸ Dicha regla, en efecto, según la cual una disposición sustantiva puede importarse en un tratado solamente si ya aparece en él *no* se encuentra en la redacción del tratado y es contraria a la jurisprudencia del

¹⁴⁶ *Id* en ¶ 7.3.1 (CL-124).

¹⁴⁷ T-MEC, Capítulo 14, n.22 (CL-208) (énfasis nuestro).

¹⁴⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 233.

Estado del inversor, que reconoce que las cláusulas de nación más favorecida están concebidas, precisamente, para importar reglas de trato siempre y cuando no exista ninguna redacción específica contraria en el tratado.¹⁴⁹ Como ejemplo de ello, el tribunal de *Consutel Group contra Argelia* autorizó la importación de una cláusula paraguas de otro tratado.¹⁵⁰ Otros tribunales arribaron al mismo resultado¹⁵¹ y, por lo tanto, cuentan con eruditos muy conocidos.¹⁵²

83. Otra razón para permitir la importación de una cláusula paraguas en este caso es que varios de los tratados de inversión de Colombia efectivamente contienen cláusulas paraguas.¹⁵³ Así pues, como lo expresa un tratado más reciente, “en la medida en que el Estado anfitrión haya celebrado al menos un tratado de inversión que establece una cobertura *pacta sunt servanda*, el inversor debe poder ‘importar’ la cláusula del tercero en el instrumento en cuestión.”¹⁵⁴

84. En relación con ello, Colombia también objeta la importación de una cláusula paraguas fundándose en que el Acuerdo de Promoción Comercial solo contempla el sometimiento de disputas de “acuerdos de inversión” a arbitraje,¹⁵⁵ y permitir que se recurra a una cláusula

¹⁴⁹ Véase, p. eg., *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. contra la República de Chile*, Caso CIADI No. ARB/01/7, Laudo, 25 de mayo de 2004, ¶ 104 (CL-125); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra la República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Laudo, 27 de agosto de 2009, ¶ 107 (CL-126); *White Industries contra India*, Laudo definitivo, ¶¶ 11.2.3-11.2.4 (CL-209); *Hesham Talaat M. Al-Warraq contra la República de Indonesia*, CNUDMI, Laudo, 15 de diciembre de 2014, ¶¶ 540-55 (CL-127).

¹⁵⁰ *Consutel Group S.P.A. en Liquidazione contra la República Popular Democrática de Argelia*, Caso PC No. 2017-33, Laudo definitivo, 3 de febrero 2020, ¶¶ 358-59 (RL-131).

¹⁵¹ Véase, por ejemplo., *EDF contra Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Laudo definitivo, 11 de junio de 2012, ¶ 933 (CL-128); *Mr. Franck Charles Arif contra la República de Moldavia*, Caso CIADI No. ARB/11/23, Laudo, 8 de abril de 2013, ¶ 396 (CL-129); *MTD contra Chile*, Laudo, ¶ 104 (CL-125).

¹⁵² Borzu Sabahi & Don Wallace, Jr., *Trato nacional, trato de nación más favorecida y menoscabo discriminatorio*, en *Investor-State Arbitration* (Borzu Sabahi y otros, OUP 2019), ¶ 17.62 (CL-130) (“Hasta hace poco, la mayoría de los tribunales arbitrales han seguido un análisis similar al importar varios estándares de protección, como el trato justo y equitativo, protección y seguridad totales, los medios eficaces y las cláusulas paraguas de otros tratados[.]”); Stephan W. Schill, *Multilateralizing Investment Treaties through Most-Favourite-Nation Clauses*, 27 *Berkeley J. Int’l L.* 496 (2009), pág. 524 (CL-131); Noah Rubins, Thomas-Nektarios Papanastasiou, y N. Stephan Kinsella, *The Substantive Law of Contemporary International Investment Protection*, en *International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution: A Practitioner’s Guide* (Noah Rubins y otros, OUP 2020), ¶ 6.130 (CL-132).

¹⁵³ TBI entre Colombia y Japón, 9 de diciembre de 2011 (celebrado el 9 de noviembre de 2015) (CL-137), Art. 4(3); TBI entre Colombia y Suiza, 17 de mayo de 2006 (vigente desde el 10 de junio de 2009), Art. 4(3) (RL-043).

¹⁵⁴ Noah Rubins y otros, *nota* 152 152, ¶ 6.145 (CL-132).

¹⁵⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 234.

paraguas contenida en otro tratado podría, según Colombia, “ampliar el universo de reclamos contractuales que podrían someterse a arbitraje en virtud del Tratado.”¹⁵⁶

85. Esta objeción va en contra de la objeción precedente de Colombia de que la importación de una cláusula paraguas podría constituir un “nuevo derecho” no incluido en el tratado de base”.¹⁵⁷ Además, la fundamentación de “política pública” de Colombia, *es decir*, que la importación de la cláusula paraguas tiene prelación en virtud de que dichas cláusulas no se encuentran presentes en los tratados de inversión más recientes de las partes contratantes,¹⁵⁸ está desligada de la realidad de que, como se analizó *más arriba*, el Acuerdo de Promoción Comercial y aparentemente todos los tratados de inversión de las partes, *contienen* disposiciones de nación más favorecida. Importar una disposición sustantiva más favorable no perjudica el equilibrio negociado del TBI, sino todo lo contrario: “logra exactamente el resultado que las partes deseaban al incorporar una cláusula de nación más favorecida en el TBI.”¹⁵⁹ Una vez más, si las partes hubieren tenido la intención de efectuar una prelación amplia para excluirse de apoyarse en las cláusulas paraguas de todos los otros tratados, podrían y lo habrían hecho, como es el caso del acuerdo entre Estados Unidos, Canadá y México.

86. Luego, Colombia extrae otra inferencia injustificada de la redacción del Acuerdo de Promoción Comercial para formular que “[c]ada Parte deberá dispensar un trato no menos favorable que el que dispensa, en iguales circunstancias, a inversores de cualquier otra Parte o Parte no contendiente, con respecto al establecimiento, la adquisición, la expansión, la gestión, la conducción, la operación, la venta u otra enajenación de las inversiones en su territorio.”¹⁶⁰ Supuestamente, “[e]sto requiere una comparación de las *situaciones fácticas efectivamente dispensadas*.”¹⁶¹

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.* at ¶ 233.

¹⁵⁸ *Id.* at ¶ 234.

¹⁵⁹ *White Industries contra India*, Laudo definitivo, ¶¶ 11.2.3-11.2.4 (CL-209).

¹⁶⁰ Artículo 10.4(1), 10.4(2) del Acuerdo de Promoción Comercial (CL-001).

¹⁶¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 232 (énfasis del original).

87. Una vez más, Colombia fracasa al interpretar la misma redacción, que a primera vista no indica que Colombia deba haberle dispensado a otro inversor o a otra inversión “un trato no menos favorable.” Antes bien, solo refiere a dicho trato en tiempo presente (“dispensa”), y no en tiempo pasado, “en análogas circunstancias”, sin ninguna calificación que restrinja la protección de la nación más favorecida a instancias de un *comparador* de hecho.

88. El Borrador de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre las cláusulas de la nación más favorecida establece que “[e]l mero hecho de que el tercer Estado no haya aprovechado los beneficios que le corresponden en virtud del acuerdo firmado con el Estado concedente no absuelve a dicho Estado de su obligación en virtud de la cláusula”.¹⁶² Del mismo modo, los tribunales de inversión se niegan a exigir un comparador concreto¹⁶³ como lo hacen la Organización Mundial de Comercio y la Corte Internacional de Justicia.¹⁶⁴ Los comentaristas coinciden en determinar que “[e]l beneficiario de la cláusula de nación más favorecida, no obstante, no necesita mostrar que el Estado tercero (o sus ciudadanos) hayan invocado, en efecto, los beneficios del tratado con el tercero. La sola existencia del tratado con el tercero resulta suficiente.”¹⁶⁵

89. Por el contrario, los dos laudos citados por Colombia¹⁶⁶ – en los cuales los asesores de Colombia actuaron en representación de Turkmenistán – no coinciden con la jurisprudencia relativa al asunto. No es de sorprender, entonces, que el profesor Schill haya explicado que la fundamentación en *İçkale* (y por añadidura, *Cap*, que interpreta el mismo tratado) se haya “segregado por completo” de cómo los tribunales y las autoridades han aplicado e interpretado las

¹⁶² Comisión de Derecho Internacional, *Borrador de los artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida*, pág. 23 (RL-060).

¹⁶³ Véase, p. ej., *European American Investment Bank AG contra la República Eslovaca*, CNUDMI, Caso PCA No. 2010-17, Laudo sobre jurisdicción, 22 de octubre de 2012, ¶ 435 (CL-133); *Bayindir contra Pakistán*, Laudo, ¶¶ 156-58 (CL-126); *ATA Construction, Industrial and Trading Company contra el Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI No. ARB/08/2, Laudo, 18 de mayo de 2010, ¶ 73 (CL-134).

¹⁶⁴ Schill, *nota* 138 138, pág. 924 (CL-114) (“El mismo resultado, es decir, que las cláusulas de la nación más favorecida se aplican al mejor trato conforme a los acuerdos internacionales con terceros del Estado concedente, también ha sido aceptado de manera sistemática por las cortes y tribunales internacionales, fuera del contexto de las inversiones.”).

¹⁶⁵ Cohen Smutny, Petr Polášek & Chad Farrell, *The MFN Clause and Its Evolving Boundaries, in Arbitration Under International Agreements: A Guide to the Key Issues* (K. Yannaca-Small ed., OUP 2018), ¶ 23.20 (CL-135).

¹⁶⁶ *İçkale Insaat Limited Sirketi contra Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016 (CL-136); *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ltd. Sti. contra Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo, 4 de mayo de 2021 (RL-114).

cláusulas de la nación más favorecida, y hayan juzgado a la fundamentación empleada de “sumamente problemática.”¹⁶⁷

90. Por último, Colombia objeta la importación de la cláusula paraguas del TBI entre Colombia y Suiza porque “si bien el TBI entre Colombia y Suiza contiene una cláusula paraguas, no contiene un consentimiento para someter a arbitraje cualquier reclamo que pudiere surgir de una violación a dicha cláusula”.¹⁶⁸ Para apoyar su postura, Colombia cita un solo laudo, esto es, la decisión en el caso *Glencore*, donde el tribunal determinó, por fuera del contexto de la cláusula de nación más favorecida, que “Colombia ha otorgado su consentimiento para arbitrar disputas de inversión que surjan del Tratado, con excepción de las que sean alcanzadas por la cláusula paraguas.”¹⁶⁹ En este caso, por el contrario, no existe una redacción excluyente semejante en el Acuerdo de Promoción Comercial y las Demandantes solo pretenden importar la cláusula paraguas en el TBI entre Colombia y Suiza; el consentimiento para la jurisdicción sigue teniendo su base en el Acuerdo de Promoción Comercial.¹⁷⁰ Por tal razón *Glencore* no procede en este caso.

3. Otros TBI de Colombia incluyen la cláusula paraguas

91. Como alternativa, las Demandantes señalan que el tratado de Colombia con Japón también comprende una cláusula paraguas.¹⁷¹ El Artículo 4.3 establece lo siguiente:

Cada una de las Partes contratantes ha de cumplir con cualquiera de las obligaciones que surjan de un acuerdo escrito suscrito entre el gobierno central o las agencias gubernamentales y un inversor de la otra Parte contratante con respecto a las inversiones específicas del inversor en las cuales este se hubiere apoyado al momento de establecer, adquirir o ampliar tales inversiones.

¹⁶⁷ Schill, *nota* 138 138, pág. 930 (CL-114).

¹⁶⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 235.

¹⁶⁹ *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶ 1003 (CL-005).

¹⁷⁰ Véase el TBI entre Colombia y Suiza, Art. 11(3) (RL-043) (“[C]ada una de las Partes, en este acto, otorga su consentimiento incondicional e irrevocable para someter una disputa de inversión al arbitraje internacional, conforme al párrafo 2 precedente, con excepción de las disputas relativas al Artículo 10, párrafo 2 del [Tratado]”).

¹⁷¹ TBI entre Colombia y Japón (CL-137).

92. Además, a diferencia del TBI entre Colombia y Suiza, el TBI entre Colombia y Japón no retiene el consentimiento para el arbitraje en el caso de los reclamos relativos a la cláusula paraguas.¹⁷²

93. Así pues, la objeción al proceso de resolución de disputas no procede y el Artículo 4.3 del TBI entre Colombia y Japón proporciona un fundamento alternativo para que las Demandantes invoquen la protección de la cláusula paraguas.

D. El relamo de trato nacional cumple con la prueba *prima facie*

94. El Artículo 10.3 del Acuerdo de Promoción Comercial le exige a Colombia dispensarle a los inversores extranjeros un “trato no menos favorable que el que dispensa, en iguales circunstancias, a sus propios inversores” y “a las inversiones de sus propios inversores dentro de su territorio.” Las Demandantes han establecido un reclamo *prima facie* de que Colombia violó esta disposición.

95. Como se establece en la Solicitud de Arbitraje, en junio de 2018, la CGR desestimó todos los cargos contra la junta directiva de Ecopetrol, que está integrada por ciudadanos prominentes colombianos, al señalar que sus integrantes no reunían los requisitos para ser “administradores fiscales” conforme a la Ley 610, pues carecían *de la autoridad exclusiva* para la toma de decisiones respecto de la erogación de fondos del Proyecto, y que la autoridad para la toma de decisiones definitiva recaía en Reficar.¹⁷³ La CGR no desestimó los cargos en contra de FPJVC, al aducir, de manera poco convincente, que FPJVC, a diferencia de los integrantes de la junta directiva, *era* un administrador fiscal. Dado que un administrador fiscal, conforme a la Ley 610, es, por definición, una persona o entidad con facultad para disponer del gasto de los fondos públicos – que los directores de Ecopetrol tenían y que FPJVC no tenía -, la única explicación posible de la decisión de la CGR está sesgada en contra de los ciudadanos no colombianos y viola

¹⁷² *Id.*, Art. 28 (CL-137) (“1. En este acto, cada Parte Contratante otorga su consentimiento para la presentación de disputas de parte de un inversor contendiente al arbitraje establecido en el párrafo 5 del Artículo 27 seleccionado por el inversor contendiente, salvo por las disputas relacionadas con el párrafo 3 del Artículo 4.

(2. En el caso de disputas de inversión con relación al párrafo 3 del Artículo 4: (a) el consentimiento necesario para el sometimiento a arbitraje será otorgado por la autoridad competente a la Parte contendiente establecido en el Artículo 41; y (b) en los casos en los cuales el acuerdo escrito referido en el párrafo 3 del Artículo 4 estipule un procedimiento para la resolución de disputas, dicho procedimiento tendrá preeminencia sobre este Capítulo”).

¹⁷³ Véase la Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 174-78; Solicitud, ¶¶ 50-51 y n. 42.

tanto el trato nacional como las obligaciones de trato justo y equitativo del Acuerdo de Promoción Comercial. En realidad, aun teniendo en cuenta la misma resolución, esta supuesta distinción se desmorona: la CGR describió la participación tanto de los integrantes de la junta nacional colombiana como de FPJVC en el sentido de “prove[e] asesoramiento y consulta a Reficar”.¹⁷⁴ Y, lo que resulta crítico, la Junta directiva de Ecopetrol, a diferencia de FPJVC, aprobó los cambios de control.

96. Estos son los hechos alegados que, de conformidad con el Artículo 10.20.4(c) del Acuerdo de Promoción Comercial, este “tribunal *ha de* asumir como ciertos,” y que han de “interpretarse de manera amplia [de modo tal que] en casos de duda o incertidumbre en cuanto al alcance de una o más afirmaciones de un demandante, dicha duda o incertidumbre se resuelva a favor del demandante.”¹⁷⁵

97. Colombia, al argumentar la desestimación del reclamo de trato nacional, no solo ignora los hechos consignados arriba sino también, una vez más, la norma legal aplicable. Específicamente, Colombia afirma que dado que “tanto personas naturales como jurídicas de nacionalidad colombiana y extranjera fueron acusadas”, FPJVC no pudo haber recibido un trato no menos favorable que el dispensado a esas personas colombianas.¹⁷⁶ Esa opinión, no obstante, no aborda la desestimación desigual con base en la nacionalidad. Lo que es más importante a los efectos del presente, esas cuestiones fácticas impiden la desestimación ante una revisión *prima facie*.¹⁷⁷

98. Colombia va incluso más allá para argumentar en dos oportunidades que el elemento de “iguales circunstancias” de un reclamo de trato nacional fracasa, porque la administración fiscal no desempeñó un papel en la decisión de la CGR de levantar los cargos contra los directores de Ecopetrol. Según Colombia, los cargos se levantaron porque “no se identificó ninguna conducta negligente deliberada o grave, y no porque no se considerara que esos miembros

¹⁷⁴ *Compárense* los extractos de la acusación a CGR en 4441-4458 (C-001) (complementados con páginas adicionales), *con id.* en 3474, 3579-80, 3715 (C-001) (complementadas con páginas adicionales).

¹⁷⁵ *RSM contra Granada*, Laudo, ¶ 6.1.3 (CL-063).

¹⁷⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 226.

¹⁷⁷ *RSM contra Granada*, Laudo, ¶ 6.1.3 (CL-063).

no hayan ejercido la administración fiscal.”¹⁷⁸ Sin embargo, la CGR lo expresó de otro modo, al señalar expresamente que la administración fiscal fue una consideración principal para levantar los cargos. De acuerdo con una publicación de la CGR disponible al público que Colombia cita extensamente como “Antecedentes”, los miembros de la junta directiva de Ecopetrol fueron exonerados porque “el elemento de la negligencia grave requerida por la ley no se estableció”, y “porque la responsabilidad fiscal sobre el control y la ejecución de las inversiones era una tarea de la junta directiva de Reficar.”¹⁷⁹ Esto se condice con el texto del Auto 773, el cargo de responsabilidad fiscal.¹⁸⁰ Pero lo que es más importante, la explicación poco convincente de Colombia del trato favorable dispensado a sus propios ciudadanos apenas constituye un fundamento para terminar el caso antes de que se celebre una audiencia sobre el fondo de la cuestión.

99. La objeción restante de Colombia al reclamo de trato nacional también está mal concebida. El grueso de las “autoridades” de Colombia consiste en citas a presentaciones de partes no contendientes en disputas pendientes, no decididas de inversores y que mayormente *carecen de* una explicación en cuanto a cuáles de esas presentaciones, aun si se consideraren convincentes, podrían referirse a otra cosa como no fueren los medios del Artículo 10.3 que establecen.¹⁸¹

100. En este mismo sentido, las citas de Colombia de un total de tres laudos arbitrales no arrojan luz respecto de por qué el reclamo de trato nacional de las Demandantes no debería proceder hacia la etapa del fondo de la cuestión. La cita a *S.D. Myers* ignora más de veinte años de jurisprudencia, de práctica en materia de tratados y de erudición sobre el tema del

¹⁷⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 226 y n.451. Véase también *id* en ¶ 145.

¹⁷⁹ Véase **R-49**, en 45. Esta publicación de la CGR sigue estando disponible al público en el sitio web de la CGR. Véase https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/472298/Libro_grandes+hallazgos+CGR.pdf/6b2543f3-4faa-40c8-900d-5f47d08180ff (visitada por última vez el 5 de octubre de 2021) (C-012).

¹⁸⁰ Véase Auto 773 del 5 de junio de 2018 en 4442, 4443, 4444, 4446, 4447, 4450, 4452, 4454, 4456 y 4457 (C-013).

¹⁸¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 227 y n.453 (que cita cuatro casos pendientes, *Angel Samuel Seda y otros contra la República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/6; *Bay View Group LLC y The Spalena Company LLC contra la República de Ruanda*, Caso CIADI No. ARB/18/2; *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC contra la República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2; *Mason Capital L.P. y Mason Management LLC contra la República de Corea*, Caso No. 2018-55).

trato nacional.¹⁸² Además, en este caso, a diferencia de *S.D. Myers*, “la medida, a primera vista,” “parece favorecer a los ciudadanos[s] [de Colombia] en desmedro de los no ciudadanos.”¹⁸³ En otro caso anterior de TCLAN citado por Colombia, *Feldman contra México*, el tribunal efectivamente determinó una violación del trato nacional, hecho que, en cierta forma, se omitió en el Memorial.¹⁸⁴ Por último, el reclamo de tratamiento nacional en *Casinos Austria contra Argentina* es complementemente diferente del que se promueve en este caso. Como lo señaló ese tribunal, la comparación en ese caso consistía en “condiciones entre el proceso de licitación de 1999/2000 y la adjudicación de nuevas licencias operativas en 2013/2014,” que van a contramarcha de “garanti[zar] un trato equitativo en cualquier momento dado, y no de congelar la reglamentación del mercado en el tiempo.”¹⁸⁵

101. En conclusión, el “propósito reconocido de la cláusula [de trato nacional] consiste en obligar a un estado anfitrión a abstenerse de realizar una diferenciación negativa entre inversores extranjeros y nacionales al momento de aplicar sus normas y reglamentos y, por ende, de promover la posición del inversor extranjero al nivel dispensado a los ciudadanos.”¹⁸⁶ Esta es la obligación que Colombia vulneró con respecto a los hechos alegados. El intento de Colombia de deshacerse sumariamente de las acusaciones carece de fundamento y debería rechazarse.

E. La violación de un reclamo de acuerdo de inversión cumple con la prueba *prima Facie*

102. Sobre la base de un “análisis somero” aceptado, Colombia aduce que las Demandantes no han formulado un reclamo de violación de un acuerdo de inversión pues (i) el Contrato no es un “acuerdo de inversión”; (ii) el Contrato no fue celebrado por una “autoridad nacional de una Parte” y (iii) este Tribunal no tiene competencia para entender puramente en

¹⁸² Memorial sobre Objeciones Preliminares, n.456.

¹⁸³ *S.D. Myers, Inc. contra el Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo parcial, 13 de noviembre de 2020, ¶ 252 (CL-138).

¹⁸⁴ *Marvin Roy Feldman Karpa contra los Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1. Laudo, 16 de diciembre de 2002, ¶ 187 (CL-207) (“[E]l Tribunal concluye que México violó los derechos de no discriminación del Demandante en virtud del Artículo 1102 del TCLAN.”).

¹⁸⁵ *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft contra la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/14/32, Decisión sobre jurisdicción, 29 de junio de 2018, ¶ 250 (CL-139).

¹⁸⁶ Dolzer y Schreuer, *nota* 79 79, pág. 198 (CL-074).

reclamos contractuales que aleguen una violación del Contrato.¹⁸⁷ Colombia se equivoca en todas sus consideraciones.

103. *Por empezar*, el Contrato es, en efecto, un acuerdo de inversión. El Artículo 10.16.1(a)(i)(C) del Acuerdo de Promoción Comercial le permite a las Demandantes “en virtud de esta Sección, someter a arbitraje un reclamo relativo a una violación del acuerdo de inversión de parte del demandado”, que el Artículo 10.28 define como:

[Un] acuerdo escrito celebrado entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión o un inversor cubierto de la otra Parte, en el cual la inversión o el inversor cubierto confía en establecer o adquirir una inversión cubierta distinta del mismo acuerdo escrito, que le otorga los siguientes derechos a la inversión o al inversor cubiertos, a saber: (a) con respecto a recursos naturales que una autoridad nacional controla, por ejemplo, para su exploración, extracción, refinería, transporte, distribución o venta; (b) para suministrar servicios al público en nombre de la Parte, por ejemplo, generación o distribución eléctrica, tratamiento o distribución de agua, o telecomunicaciones; o (c) emprender proyectos de infraestructura, como la construcción de caminos, puentes, canales, represas o tuberías, que no sean para uso o beneficio exclusivo o predominante del gobierno.

104. Como se indica en la Solicitud de Arbitraje, el Contrato constituye un “acuerdo de inversión” pues se ejecutó entre, por un lado, Reficar, una “entidad estatal”, según la definición del derecho colombiano y una “autoridad nacional de una Parte”, según la definición del Acuerdo de Promoción Comercial, y por otra parte, FPJVC, un “inversor de otra Parte”.¹⁸⁸ Además, conforme al derecho colombiano, el Contrato es un “Contrato estatal”, dado que una de las partes es una entidad estatal.¹⁸⁹ El Contrato, además, contempla el compromiso de realizar infraestructura estatal – es decir, la ampliación y la renovación de una de las refinерías de petróleo estatales – con respecto a los recursos naturales, dado que la finalidad del Proyecto era “mejorar la calidad de los combustibles para cumplir con las especificaciones relativas al medioambiente de Colombia e internacionales”, mediante la producción de “gasolina y diésel con mínimo contenido de azufre”, lo cual impulsaría el suministro de “más combustibles limpios y afines al

¹⁸⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 240-250.

¹⁸⁸ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 203-05.

¹⁸⁹ Véase Ley 80 de 1993, Artículos 2 y 13 (CL-140).

medioambiente (...) para abastecer la demanda de Colombia y luego exportarlos al Caribe y a los mercados estadounidenses”.¹⁹⁰ Los tribunales internacionales han reconocido con frecuencia a los acuerdos similares al Contrato como “acuerdos de inversión”.¹⁹¹

105. Colombia sostiene, sin embargo, que el Contrato no es un acuerdo de inversión porque las Demandantes no establecieron ni adquirieron una inversión cubierta distinta del mismo acuerdo escrito.¹⁹² Además, Colombia aduce que el objeto del reclamo y los daños reclamados no guardan relación directa con la inversión cubierta establecida o adquirida apoyándose en el acuerdo de inversión, como lo exige el Artículo 10.16.1.¹⁹³ Ninguna de estas opiniones tiene fundamento jurídico.

106. Como lo explicaron las Demandantes en la Solicitud de Arbitraje, apoyándose en el Contrato, “las Demandantes invirtieron una cantidad importante de tiempo, capital, personal y mano de obra en [el] territorio colombiano”.¹⁹⁴ Como se analiza también *más arriba*, fundándose en el acuerdo de inversión, las Demandantes suministraron varios bienes y servicios a Colombia.¹⁹⁵ El Artículo 10.28 define a la inversión ampliamente como “todo activo del cual un inversor es propietario o controla, directa o indirectamente, que posee las características de una inversión, incluidas las características relativas al compromiso del capital o de otros recursos, la expectativa de ganancias o utilidades, o la toma de riesgo.” Algunos ejemplos de una inversión son, *entre otros*, derechos tangibles, intangibles y patrimoniales relacionados.¹⁹⁶ Otros tribunales han determinado que el conocimiento técnico experto, los bienes y los servicios constituyen una

¹⁹⁰ Véase el Contrato en el Apéndice 6 (Descripción y alcance del PMDC) (C-007).

¹⁹¹ Véase *PSEG Global Inc., the North American Coal Corporation y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi contra la República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Decisión sobre jurisdicción, 4 de junio de 2004 (CL-141) (que determina que el contrato que implica el desarrollo de una planta de generación eléctrica de lignito constituía un acuerdo de inversión); *Occidental Exploration and Production Company contra la República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Laudo definitivo, 1 de julio, 2004 (RL-169) (que determina que un contrato de participación en la exploración y producción de petróleo entre una empresa colombiana y una empresa de propiedad estatal ecuatoriana constituye un contrato de inversión conforme al TBI entre Ecuador y EE. UU.).

¹⁹² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 244.

¹⁹³ *Id.*

¹⁹⁴ Solicitud de Arbitraje, ¶ 29.

¹⁹⁵ Véase ¶¶ 152-153 *más abajo*.

¹⁹⁶ Acuerdo de Promoción Comercial, Art. 10.28 (CL-001).

inversión.¹⁹⁷ Así pues, las Demandantes han realizado una inversión adicional cubierta fundándose en el Contrato, lo cual conforma un acuerdo de inversión.

107. Tampoco es cierto que el objeto de los reclamos y los daños de las Demandantes no se relacionen con el tiempo, el capital, el personal, los bienes y la mano de obra suministrados en razón del acuerdo de inversión. La Decisión de la CGR se funda en el argumento de que las Demandantes cometieron negligencia grave al proporcionar sus servicios y, por consiguiente, han de pagarle a Colombia cerca de mil millones de dólares al contratista real, Chicago Bridge & Iron (“CBI”), debido a que el costo final del proyecto superó la estimación inicial del CBI. No puede disputarse seriamente que la incorrección de la Decisión de la CGR sea el meollo de este arbitraje y que surja directamente de las inversiones de FPJVC. Por lo tanto, los reclamos y los daños de las Demandantes se relacionan de manera directa con la inversión cubierta contemplada en razón del Contrato (que es, en efecto, un acuerdo de inversión).

108. *En segundo lugar*, Reficar es una autoridad nacional de Colombia. “Autoridad nacional” en el Acuerdo de Promoción Comercial hace referencia a “una autoridad del nivel central del gobierno,”¹⁹⁸ que el Acuerdo de Promoción Comercial define “en el caso de Colombia, [como] el nivel nacional de gobierno.”¹⁹⁹ Como se explicó en la Solicitud de Arbitraje, Colombia, a través de su legislación interna, delegó a Ecopetrol y a su subsidiaria de propiedad absoluta, Reficar, la signataria del Contrato, “autoridad gubernamental,” que incluye la capacidad de “aprobar transacciones comerciales.”²⁰⁰ Conforme lo establecido por ley, Colombia es la propietaria de todos los hidrocarburos que se encuentran en el territorio nacional.²⁰¹ La Agencia Nacional de Hidrocarburos (o *National Hydrocarbons Agency*) gestiona la extracción, venta y arrendamiento de dichos recursos naturales, así como el suministro de energía en beneficio de Colombia y de varias entidades que se encuentran bajo el control y son propiedad de Colombia, entre las que se

¹⁹⁷ Véase ¶¶ 154-155 más abajo.

¹⁹⁸ Acuerdo de Promoción Comercial, Art. 10.28 n.17 (CL-001).

¹⁹⁹ *Id.* en Art. 1.3.

²⁰⁰ *Id.* en Art. 10.1.2. Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 194-195.

²⁰¹ De conformidad con el Artículo 2 del Decreto 1056 de 1953, “el petróleo es propiedad del Estado (...).” La propiedad del Estado sobre el petróleo se reafirmó mediante el Artículo 332 de la Constitución de Colombia, el cual establece que: “El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables (...).” Según la Corte Constitucional de Colombia, el concepto de recursos naturales no renovables incluye, entre otros, los metales preciosos y los combustibles fósiles. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C-221/97, 29 de abril de 1997, No. D-1458, en 20 (CL-142).

incluye Ecopetrol.²⁰² Con anterioridad a 2003, Ecopetrol era responsable de la administración de las reservas de hidrocarburos de Colombia.²⁰³ En virtud del derecho colombiano, Ecopetrol posee la facultad de celebrar contratos para la exploración, explotación, refinamiento, transporte, distribución y comercialización de hidrocarburos.²⁰⁴ Si bien no existe una delegación real de las funciones de la Agencia Nacional de Hidrocarburos en Ecopetrol, eso no quita que Ecopetrol forme parte del gobierno colombiano y lleve a cabo sus actividades con el fin de generar ingresos para el Estado, que es su accionista mayoritario. Ese mismo fin por lo general se extiende a sus filiales, como Reficar.

109. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]²⁰⁵ Además, en su carácter de subsidiaria de Ecopetrol, las acciones con derecho a voto de Reficar pertenecen en un 88% a Colombia y a su Consejo de Administración, y, por lo

²⁰² Según el Artículo 1.2.1.1.1. del Decreto 1073 de 2015 (CL-143), “La Agencia Nacional de Hidrocarburos tiene como objetivos administrar integralmente las reservas y recursos hidrocarburíferos de propiedad de la Nación; promover el aprovechamiento óptimo y sostenible de los recursos hidrocarburíferos y contribuir a la seguridad energética nacional.” Por otra parte, el Artículo 3.3. del Decreto 714 de 2012 (CL-144) le confiere a la Agencia las funciones de diseñar, promover, celebrar y administrar contratos y convenios de exploración y explotación de hidrocarburos de propiedad de la Nación, con excepción de los contratos de asociación que haya celebrado Ecopetrol hasta el 31 de diciembre de 2003.

²⁰³ El Decreto 1760 de 2003 (CL-145) le quitó a Ecopetrol la facultad de administrar las reservas de hidrocarburos y se la confirió a la Agencia Nacional de Hidrocarburos. Por ello, de conformidad con el Artículo 3.3. del Decreto 714 de 2012 (CL-144), los contratos de asociación para la exploración y la explotación de hidrocarburos que celebró Ecopetrol hasta diciembre de 2003 todavía están bajo su administración y no bajo la de la Agencia Nacional de Hidrocarburos. La Agencia es quien celebra y administra los contratos a partir de 2003.

²⁰⁴ En un escrito presentado ante la Corte Constitucional, el Director Jurídico de Ecopetrol explicó que las actividades de Ecopetrol sirven al interés público debido a que la finalidad de dichas actividades es generar ingresos para el Estado. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 095/18 (escrito presentado por Fernan Ignacio Bejarano, Director Jurídico de Ecopetrol), 11 de octubre de 2018, No. T-6.298.958 en 282-283 (CL-146).

²⁰⁵ [REDACTED]

tanto, su Director General es nombrado y controlado de forma mayoritaria por Colombia.²⁰⁶ Colombia, durante el período en cuestión, ha designado a funcionarios gubernamentales de alto rango en la junta directiva de Ecopetrol y, a su vez, en la junta directiva de Reficar.²⁰⁷ La legislación de Colombia en materia de contratación pública establece que las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria constituyen entidades públicas a los efectos de dicha legislación.²⁰⁸ Como tal, el contrato que Reficar celebró con FPJVC debe atribuirse a Colombia.

110. “[L]a práctica de los tribunales es consistente con la posición de que delegar las actividades del Estado en entidades separadas no permite eludir la responsabilidad por el incumplimiento de un tratado.”²⁰⁹ Específicamente, de conformidad con el Artículo 5 de la CDI, cualquier caso en la que una entidad se encuentre “facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público” y realmente ejerza esas atribuciones se considerará atribuible al Estado.²¹⁰ Además, el Artículo 8 de la CDI deja en claro que cualquier comportamiento de una entidad “se considerará hecho del Estado en virtud del derecho internacional si la persona o el grupo de personas actúa, de hecho, según las instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento.”²¹¹ Los Comentarios a los

²⁰⁶ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 19-21. Prácticamente todo el resto de las acciones de Reficar pertenecen a fondos de pensiones públicas de Colombia.

²⁰⁷ Desde 2006 hasta la actualidad, han integrado la junta directiva de Reficar el Ministro de Minas, el Viceministro de Minas, el Director de la Unidad Administrativa Especial para la Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, el Director de la Agencia Nacional de Minería, el Viceministro de Energía y el Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Energía y Gas. La junta directiva de Reficar también incluye al Director General, al Director Financiero, al Vicepresidente de Refinación y al Gerente de Finanzas de Ecopetrol. De igual manera, desde 2010 hasta 2018, la junta directiva de Ecopetrol ha estado conformada por funcionarios del gobierno de Colombia, entre ellos, el Director del Departamento de Planificación Nacional, el Ministro de Hacienda, el Ministro de Minas y Energía, el Ministro del Interior, el Director de Regulación Financiera del Ministerio de Hacienda, el Viceministro Técnico del Ministerio de Hacienda y el Ministro de Salud. *Id.*, ¶ 21.

²⁰⁸ Véase Ley 80 de 1993, Artículo 2(1) (CL-140).

²⁰⁹ Dolzer y Schreuer, *supra* nota al pie 79, pág. 225 (CL-074).

²¹⁰ Los Artículos de la CDI, pág. 42 (CL-058) (“Se considerará hecho del Estado en virtud del derecho internacional el comportamiento de una persona o entidad que no sea órgano del Estado según el Artículo 4 pero esté facultada por el derecho de ese Estado para ejercer atribuciones del poder público, siempre que, en el caso de que se trate, la persona o entidad actúe en esa capacidad.”).

²¹¹ *Id.* en pág. 47

Artículos de la CDI agregan que “los tres términos: ‘instrucciones’, ‘dirección’ y ‘control’ son *disyuntivos*; basta con que se pruebe cualquiera de ellos.”²¹²

111. En cualquier caso, la cuestión de la atribución no es pertinente a la decisión en esta fase del arbitraje. “[E]n la práctica, e[l] tema de la [atribución] se suele tratar mejor en la etapa de fondo, a fin de poder realizar un análisis en profundidad [en la medida en que se garantice] de todos los parámetros de la relación compleja entre determinados hechos y el Estado.”²¹³ “[N]o le corresponde al Tribunal en la etapa jurisdiccional examinar si el caso efectivamente se presenta contra el Estado e implica la responsabilidad de este. Se realiza una excepción en caso de que sea manifiesto que la entidad de que se trate no tiene ningún vínculo con el Estado.”²¹⁴ Colombia de ningún modo puede oponerse a la atribución en virtud de dicho examen bajo cualquier estándar de prueba, y mucho menos alegar la falta “manifiesta” de cualquier vínculo con los hechos en cuestión.

112. Las Demandantes han establecido que *prima facie* el comportamiento de Reficar is atribuible a Colombia, y que, por lo tanto, las Demandadas celebraron el Contrato con una autoridad nacional de Colombia.

²¹² *Id.* en pág. 48 (Comentario 7 al Artículo 8) (énfasis añadido).

²¹³ *Gustav F.W. Hamester GmbH & Co KG contra República of Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo, 18 de junio de 2010, ¶ 144 (RL-128) (donde se cita *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. contra República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 28 de junio de 2006, ¶ 85); véase también Csaba Kovács, *Attribution in International Investment Law* (Kluwer 2018), pág. 297 (CL-148) (“Por regla general, las normas de atribución del derecho internacional solo deben aplicarse en la etapa de fondo, normalmente antes de determinar si el Estado ha incumplido una obligación de derecho internacional.”).

²¹⁴ *Staur Eiendom AS, EBO Invest AS y Rox Holding AS contra República de Letonia*, Caso CIADI No. ARB/16/38, Laudo, 28 de febrero de 2020, ¶ 303 (CL-149) (donde se cita *Hamester*, ¶ 144). Otros tribunales han llegado a adoptar una presunción de atribución irrefutable en la etapa jurisdiccional. Véase, por ejemplo, *Consutel contra Algeria*, Laudo Definitivo, ¶ 316 (RL-131) (“Le Tribunal estime que les questions d’attribution discutées entre les parties sont des questions de fond et non de compétence. Par conséquent, sous réserve de ce qui va suivre, le Tribunal doit, au stade de son analyse sur la compétence, tenir pour acquis que les actes et omissions reprochés à Algérie Telecom peuvent être attribués à la Défenderesse.”); véase *Noble Energy, Inc. y Machalapower Cia. Ltda. contra República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, Caso CIADI No. ARB/05/12, Decisión sobre Jurisdicción, 5 de marzo de 2008, ¶ 166 (CL-150) (“[N]o le corresponde al Tribunal en la etapa jurisdiccional examinar si los hechos denunciados dan lugar a la responsabilidad del Estado, excepto en caso de que sea manifiesto que la entidad en cuestión no tiene ningún vínculo con el Estado, que no es el caso aquí. Esta es una cuestión que debe decidir el Tribunal al evaluar el fondo de la controversia. Si fuera necesario ..., el Tribunal se pronunciará sobre la cuestión de la atribución en virtud del derecho internacional, en especial mediante la referencia a los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado tal como se adoptaron en 2001 por la Comisión de Derecho Internacional y que la Asamblea General de la ONU en la Resolución 56/83 señaló a la atención de los gobiernos.”).

113. *En tercer lugar,*, el Artículo 10.6.1 del Acuerdo de Promoción Comercial *otorga* al Tribunal competencia para los reclamos por incumplimiento de un acuerdo de inversión y las Demandantes no alegan reclamos que entren dentro de la competencia del Tribunal de la CCI. El argumento esgrimido por Colombia de que el Artículo 10.16.1 no otorga competencia al Tribunal para entender en reclamos contractuales relativos a un acuerdo de inversión resulta difícil de aceptar, dado que Colombia reconoce que “esa disposición únicamente le otorga competencia a un tribunal constituido en virtud del mismo Tratado para entender en reclamos en los que se alegan incumplimientos de obligaciones sustantivas del Tratado de un acuerdo de inversión...”²¹⁵ El Artículo 10.16.1(a) también es claro a primera vista: “la demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje un reclamo de conformidad con esta Sección, en el que se alegue (i) que la demandada ha incumplido ... (C) un acuerdo de inversión, y (ii) que la demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicho incumplimiento o como resultado de este.” En particular, Colombia no cita la disposición exacta.²¹⁶

114. Además, las Demandantes no solicitan al Tribunal determinar si Reficar incumplió el Contrato. [REDACTED]
[REDACTED] Más bien, los reclamos de las Demandantes se relacionan con las acciones de la CGR, y, por lo tanto, de Colombia, las cuales constituyen incumplimientos del Contrato, [REDACTED]
[REDACTED] en un esfuerzo evidente por evitar las protecciones sustantivas que negociaron las Demandantes.²¹⁷

115. Por todas las razones mencionadas supra, las Demandantes presentaron correctamente, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(C), “un reclamo de que la Demandada ha incumplido . . . un acuerdo de inversión[.]”

²¹⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 248 (énfasis añadido).

²¹⁶ Colombia también afirma que las Demandantes no han solicitado ninguna reparación por los incumplimientos del Contrato por parte de Colombia o bien solicitan una reparación que está prohibida por el Acuerdo de Promoción Comercial. Véase *id.*, ¶ 249 n. 503. Conforme lo expuesto en la Sección VI, *infra*, la reparación que las Demandantes solicitaron está permitida de conformidad con el Acuerdo de Promoción Comercial.

²¹⁷ Colombia también basa una parte de su objeción en una interpretación errónea de la Solicitud de Arbitraje. Véase *id.*, ¶ 248. Las Demandantes no afirman que el Contrato sea un acuerdo de inversión que obliga a Colombia [REDACTED], más bien, que el Contrato es un acuerdo de inversión en el que las Demandadas se basaron [REDACTED]

V. LAS DEMANDANTES SUFRIERON PÉRDIDAS O DAÑOS COMO RESULTADO DE LOS INCUMPLIMIENTOS DE COLOMBIA

116. Colombia alega que las pérdidas o daños que se derivaren de sus incumplimientos deben existir al momento de presentar la Notificación de Arbitraje, y que las Demandantes no han sufrido ninguna pérdida o daño hasta la fecha y en consecuencia sus reclamos son inadmisibles.²¹⁸ Según Colombia, debido a que las Demandantes no realizaron ningún pago en el marco del procedimiento de Responsabilidad Fiscal, las Demandantes no sufrieron ningún daño.²¹⁹ Colombia también afirma que las pérdidas o daños sufridos deben afectar a la inversión cubierta en lugar de al inversor y que las Demandantes no alegaron ni pueden alegar daños por incumplimiento del Contrato.²²⁰

117. La afirmación de Colombia de que los daños solo pueden afectar a la inversión cubierta en lugar de al inversor se basan en la premisa falsa de que solo las inversiones, y no los inversores, están resguardadas por las protecciones del Acuerdo de Promoción Comercial.²²¹ Las Demandantes ya abordaron este argumento supra.

118. En su esfuerzos por elaborar un argumento que le permita afirmar que las Demandantes no sufrieron ningún daño, Colombia tergiversa la naturaleza de la inversión de las Demandantes y dedica varias páginas a explicar que FPJVC recibió el pago correspondiente a los servicios facturados, conforme a lo estipulado en el Contrato, y que los gastos en los que incurrió le fueron reembolsados.²²² Como muchos otros argumentos esgrimidos por Colombia, esta cuestión no viene al caso.

119. *En primer lugar*, la inversión de las Demandantes es mayor a la que Colombia ha expuesto. Como se explica en la Solicitud de Arbitraje y en este Memorial de Contestación, las Demandantes aportaron conocimientos técnicos, emplearon recursos adicionales para ejecutar el

²¹⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 251-254.

²¹⁹ *Id.*, ¶¶ 255-257.

²²⁰ *Id.*, ¶¶ 258-260.

²²¹ *Id.*

²²² Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 39. Véase también *id.*, ¶ 53 (donde se indicaron los importes pagados a FPJVC).

proyecto según las indicaciones de Reficar y mantuvieron una sucursal de PCI en Colombia, todo lo cual refleja la inversión de las Demandantes en Colombia.²²³

120. Adicionalmente, el importe estipulado por la decisión de la CGR, si se ejecuta contra las Demandantes (sujetas a responsabilidad conjunta y solidaria en virtud del derecho colombiano), no solo eliminaría cualquier beneficio obtenido en relación con el Proyecto en virtud del Contrato, [REDACTED].²²⁴ Parecería ser que la posición de Colombia es que FPJVC no tiene derecho a presentar ningún reclamo hasta que Colombia consiga cobrar el importe estipulado por la CGR, [REDACTED], no obstante, esto desafía tanto la ley como la lógica.

121. Colombia se equivoca al plantear que la única forma en que las Demandantes pueden incurrir en pérdidas o daños es mediante un pago en respuesta al procedimiento de Responsabilidad Fiscal improcedente o mediante la incautación de sus activos. Como explicaron en la Solicitud de Arbitraje, que no ha sido impugnada por Colombia, las Demandantes ya sufrieron daños a la reputación como resultado de ser nombradas en el procedimiento de Responsabilidad Fiscal y tuvieron que afrontar importantes erogaciones en concepto de honorarios por asesoramiento jurídico para su defensa en ese procedimiento.²²⁵ La existencia de la Decisión de la CGR en sí misma también constituye una razón suficiente para la jurisdicción. La Decisión de la CGR ahora se encuentra en firme y Colombia admitió haber iniciado la búsqueda de los activos de las Demandantes contra los que cobrar.²²⁶

122. Además, en *Mobil Investments contra Canadá*, el Tribunal, basándose en *Grand River*, confirmó que “no es necesario que se produzca un ‘desembolso inmediato de fondos’ para que exista un daño que pueda compensarse en virtud del Artículo 1116 del TLCAN. Una orden de

²²³ Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 15-16, 29. CWS-2, Steve Conway en ¶ 7.

²²⁴ CWS-2, Steve Conway en ¶¶ 10-12. CWS-3, Thomas Grell en ¶¶ 10-12.

²²⁵ Solicitud de Arbitraje, ¶ 206.

²²⁶ Véase Solicitud, ¶¶ 21-22, 90; Resp. Respuesta, ¶¶ 33, 39-40. Sorprendentemente, en el caso *Glencore*, que concedió a la Demandante un monto igual al estipulado por la CGR en un proceso terriblemente defectuoso y pagado por la demandante, Colombia adoptó la postura exactamente contraria y argumentó que el reclamo había prescrito debido a que Glencore no trató de impedir que Colombia cobrara el monto establecido en dicho proceso defectuoso. Véase *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1562, 1579, 1583-1584 (CL-005).

pago puede ser suficiente.”²²⁷ El Tribunal también confirmó explícitamente su competencia para compensar "los daños y perjuicios acumulados tras la Notificación de Arbitraje durante el curso del procedimiento....”²²⁸

123. Las Demandantes ya han sufrido pérdidas o daños como resultado de los incumplimientos de Colombia, que continúan acumulándose hasta el día de hoy, y en la medida en que Colombia afirma que los incumplimientos sufridos por las Demandantes solo pueden considerarse a partir de la Notificación de Arbitraje, esta afirmación también es claramente errónea.

VI. LAS REPARACIONES SOLICITADAS SON COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

124. Colombia también alega que las Demandantes buscan una reparación que este Tribunal no está facultado para otorgar. Específicamente, Colombia afirma que el Tribunal no tiene la facultad para“(A) otorgar una reparación por daño moral; (B) conceder daños no pecuniarios o medidas precautorias; ni (C) emitir un laudo compensatorio.”²²⁹ No es verdad. Las Demandantes tienen derecho a las reparaciones solicitadas y el Tribunal puede, y debería, concederlas.

A. El Daño Moral Está Previsto En Virtud del Artículo 10.26 del Acuerdo de Promoción Comercial.

125. Colombia, al argumentar que este Tribunal no está facultado para otorgar una reparación por daño moral, caracteriza dicho daño como punitivo.²³⁰ Entendido correctamente, el daño moral es de carácter compensatorio, no punitivo, y, por lo tanto, proporciona una reparación al considerable daño a la reputación sufrido por las Demandantes a causa de las acciones de Colombia.²³¹

²²⁷ *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation contra Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y sobre los Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012 ¶ 428 (CL-151).

²²⁸ *Id.* en ¶ 430 (CL-151).

²²⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 262.

²³⁰ *Id.*, ¶¶ 263-68.

²³¹ Véase Solicitud de Arbitraje, ¶¶ 206-14.

126. Colombia señala el texto del Acuerdo de Promoción Comercial pero no hace ninguna referencia exacta al lenguaje de los tratados para lo que equivale a su argumento del principio de *lex specialis*. Esto se debe a que “[p]ara que el principio de *lex specialis* sea aplicable, no es suficiente que la misma materia sea tratada por dos disposiciones; debe existir alguna incoherencia real entre ambas, o bien una intención discernible de que una disposición excluirá a la otra.”²³²

127. En este caso no existe tal conflicto. Más bien, el Artículo 10.26.1 del Acuerdo de Promoción Comercial establece, *entre otras cosas*, que “[c]uando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan[.]” El Artículo 10.26.3, a su vez, deja claro que “[un] tribunal no está autorizado a otorgar daños punitivos.” Como tal, el Acuerdo de Promoción Comercial—al igual que la cláusula idéntica del Modelo de TBI de Estados Unidos²³³—sostiene simplemente los preceptos del derecho internacional de larga data con respecto a los daños: “[t]anto de acuerdo con el comentario oficial de la [Comisión de Derecho Internacional] como con la doctrina jurídica internacional, la indemnización no tiene por objeto castigar al Estado responsable y no tiene carácter ejemplarizante sino reparador.”²³⁴ En particular, la CDI establece que “la concesión de daños punitivos no está reconocida en el derecho internacional,” y más aún que “la satisfacción no puede ser de carácter punitivo, y tampoco incluye una indemnización punitiva.”²³⁵ En efecto, el idéntico Artículo 34 del Modelo de TBI de Estados Unidos de Estados Unidos se interpreta de la misma manera: “El Artículo 34(3) prohíbe la concesión de daños punitivos, en consonancia con el principio de que un daño derivado de la responsabilidad del Estado requiere una reparación completa, pero no más.”²³⁶ Por consiguiente, tanto el derecho internacional como el Acuerdo de Promoción Comercial *excluyen* los daños

²³² Artículos de la CDI, Art. 55, comentario 4 (CL-058).

²³³ Modelo de TBI de Estados Unidos de 2012, Art. 34.1 (CL-152) (“Cuando el tribunal dicta un laudo definitivo contra un demandado, el tribunal puede otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan. . . .”); Art. 34.3 (“El tribunal no puede otorgar daños punitivos.”).

²³⁴ Ceren Zeynep Pirim, *Reparation by Pecuniary Means of Direct Moral Damages Suffered by States as a Result of Internationally Wrongful Acts*, 11 J. Int'l Disp. Resolución 242, 258-59 (2020) (CL-153).

²³⁵ Artículos de la CDI, págs. 111, 107 (CL-058).

²³⁶ Lee M. Caplan & Jeremy K. Sharpe, *United States, en Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Chester Brown ed., Oxford 2013), pág. 83 (RL-037).

punitivos, pero “[n]o existe controversia en cuanto a la posibilidad de obtener una reparación por daño moral en virtud de los principios clásicos del derecho internacional público.”²³⁷

128. Por el contrario, ni el derecho internacional ni el Acuerdo de Promoción Comercial excluyen el daño *moral*. Esto se debe a que, contrario al intento de Colombia de confundir los dos conceptos,²³⁸ el daño moral no reviste carácter punitivo. El profesor Dumberry, por ejemplo, señala that “[e]l daño moral, desde luego, debe distinguirse de los daños punitivos, un concepto que no está reconocido en el derecho internacional.”²³⁹ Otro tratado, citado por los asesores letrados de Colombia en este documento y del cual uno de ellos es co-autor,²⁴⁰ coincide en que “[e]l daño moral normalmente es distinto de los daños punitivos.”²⁴¹ Este mismo abogado explica en otro lugar que “[e]l término daño ‘moral’, en el derecho internacional público, se utiliza para referirse a aquellas categorías de daños que son no materiales o no financieros. Se pueden distinguir tres clases de daños no materiales [, que incluyen] . . . Daños a la reputación.”²⁴² La compensación para un daño de esta naturaleza “no debería considerarse punitiva”²⁴³ porque “los fines de los daños punitivos y morales son diferentes. Mientras que los daños punitivos están motivados por la disuasión y el castigo, los daños morales pretenden compensar el perjuicio.”²⁴⁴

²³⁷ McLachlan, et. al., *supra* nota al pie 84, ¶ 9.148 (CL-081); véase también Pirim, *supra* nota al pie 234, en 244-45 (CL-153) (“Por lo tanto, la existencia y el estatus del concepto de daño moral en el derecho internacional público es incontrovertible.”).

²³⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 263-68.

²³⁹ Patrick Dumberry, *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration* (Christina L. Beharry ed., Brill 2018), p. 158 (CL-154).

²⁴⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 264 n. 524 (donde se cita Borzu Sabahi, Noah Rubins & Don Wallace, Jr., *Investor-State Arbitration* (Oxford 2019)).

²⁴¹ Borzu Sabahi, Noah Rubins & Don Wallace, Jr., *Investor-State Arbitration* (Oxford 2019), ¶ 21.93 (RL-140) (donde se cita Stephen Wittich, *Awe of the Gods and Fear of the Priests: Punitive Damages and the Law of State Responsibility*, 3 *Austrian Rev. Int’l & Eur. L.* 101, 150-51 (1998)).

²⁴² Borzu Sabahi, *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, ¶ 6.2.3 (RL-142).

²⁴³ *Id.*, pág. 147 (RL-142); véase también Juan Pablo Moyano Garcia, *Moral Damages in Investment Arbitration: Diverging Trends*, 6 *J. Int’l Disp.* Resolución 485, 496 (2015) (RL-154) (“El objetivo general del daño moral es reparar los daños no materiales, no enriquecer al demandante ni castigar al demandado. Aunque esta afirmación pueda parecer sencilla, en algunos casos, tanto los tribunales como los demandantes han interpretado erróneamente la naturaleza reparatoria del daño moral y han intentado equipararlos a un concepto jurídico diferente, como los daños punitivos o los daños materiales.”).

²⁴⁴ Pirim, *supra* nota al pie 234, en 259 (CL-153).

129. La exclusión del daño moral se apartaría no solo del lenguaje de los tratados y del derecho internacional sino también del principio que establece que “la reparación debe, *en la medida de lo posible*, eliminar *todas* las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si no se hubiera cometido dicho acto.”²⁴⁵ “Naturalmente, el principio de reparación integral no podría lograrse sin el reconocimiento del daño moral.”²⁴⁶ Después de todo, “perjuicio,” según la definición de la CDI, “incluye cualquier daño material o *moral* causado por ello . . . ampliamente entendido,”²⁴⁷ lo que vuelvenon *sequitur* a la afirmación desconcertante de Colombia de que los artículos de la CDI “excluy[e] al daño moral.”²⁴⁸ En todo caso, “[e]l hecho de que en casos de daño morale el grado de discrecionalidad sea mayor en comparación con casos de daños materiales no convierte al daño moral en daños punitivos, sino que debe considerarse una consecuencia de su naturaleza.”²⁴⁹ Por lo tanto, “[e]l daño moral constituye una reparación para perjuicios [realmente sufridos], no una bonificación o un método mediante el cual el tribunal puede . . . castigar a una de las partes” ya que “el daño moral reviste. . . carácter reparatorio.”²⁵⁰

130. Los tribunales coinciden, *por ejemplo*, en que “[e]stá generalmente aceptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que también se puede obtener una reparación por daño moral” y “[n]o [existe] ninguna razón para excluirlo.”²⁵¹ El daño moral en los procedimientos del CIADI resulta, por ejemplo, “pertinente” en casos en los que “los miembros de una empresa pueden recurrir a tribunales competentes y justos que puedan reflejar las consecuencias del

²⁴⁵ *Chorzów Factory*, Merits, en 47 (CL-057) (énfasis añadido); véase también *Lusitania Cases*, Opinion (1923) 7 RIAA 32, pág. 40 (CL-155); Artículos de la CDI, Art. 31. (CL-058).

²⁴⁶ Pirim, *supra* nota al pie 234, en 244 (CL-153); Sabahi, et al., *supra* nota al pie 241, en pág. 135 (RL-140) (donde se señala que los Artículos de la CDI “afirman claramente que la reparación debida por la comisión de un acto ilícito debe eliminar todo el perjuicio que este haya causado, ya sea material o moral”).

²⁴⁷ Artículos de la CDI, pág. 91 (CL-058) (énfasis añadido).

²⁴⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 265 (donde se cita el Artículo 36 de la CDI); *cf.* Artículos de la CDI, pág. 99 (CL-058) (“La indemnización corresponde al daño económicamente evaluable sufrido por el Estado o sus nacionales. No tiene por objeto castigar al Estado responsable ni reviste carácter expresivo o ejemplarizante.”).

²⁴⁹ Pirim, *supra* nota al pie 234, en 260 (CL-153).

²⁵⁰ Garcia, *supra* nota al pie 243, en 497 (RL-154).

²⁵¹ *Desert Line Projects L.L.C. contra Yemen*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Laudo, 6 de febrero de 2008, ¶¶ 289-291 (CL-156); véase también *Benvenuti contra Congo*, Caso CIADI No. ARB/77/2, Laudo, 8 de agosto de 1980, VIII Y.B. Comm. Arb. 144, 151 (1983) (CL-157) (“las medidas adoptadas contra la Demandante y la acción derivada de las mismas [le otorgó] el derecho a reclamar el monto de CFA 5.000.000 en concepto de daño moral”).

maltrato sufrido en una indemnización por daño morale a favor de su empleador.”²⁵² Otro tribunal se pronunció con respecto al daño a la reputación en particular:

[L]a Empresa Demandante tiene derecho a una indemnización por el daño moral sufrido como consecuencia del daño a su *reputación profesional mundial* tras la cancelación abusiva por parte de la Demandada del importante proyecto [del cual] previamente había aprobado la creación y la inversión . . . por un período de 83 años, y para la implementación del cual la Demandante había negociado y celebrado contratos con empresas internacionales. . . . [L]a Empresa Demandante está altamente calificada para ejecutar grandes proyectos de inversión y es reconocida en el mundo en este campo Por consiguiente, [e]l Tribunal Arbitral resuelve que la Demandante tiene derecho a la suma de USD 30.000.000 (treinta millones de dólares estadounidenses) como indemnización en concepto de daño moral sufrido como consecuencia del daño que se le ocasionó a su reputación en el mercado bursátil, así como también en el mercado empresarial y en el mercado de la construcción en Kuwait y en todo el mundo.²⁵³

131. En suma, como señala el profesor Born al referirse al daño moral, “[e]s arcaico en términos jurídicos pensar que no existe derecho sin reparación (*Ubi jus ibi remedium*) y ese proverbio es tan aplicable a este como a cualquier otro.”²⁵⁴ Las Demandantes sufrieron daño moral y el perjuicio debe tener una reparación.

B. Los Laudos Compensatorios Están Previstos En Virtud del Artículo 10.26 del Acuerdo de Promoción Comercial

132. Colombia argumenta que “el pago de un laudo compensatorio” no constituye una reparación que este tribunal pueda otorgar porque la Decisión de la CGR no se encuentra en firme y por lo tanto los daños de las Demandantes son hipotéticos.²⁵⁵ Que la Decisión de la CGR ahora se encuentre en firme, que Colombia haya solicitado la asistencia de muchos otros países para

²⁵² *Pezold contra Republic of Zimbabwe*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Laudo, 28 de julio de 2015, ¶ 916 (CL-158).

²⁵³ *Mohamed Abdulmohsen Al-Kharafi & Sons Co. contra Estado de Libia y otros*, Laudo Arbitral Definitivo, 22 de marzo de 2013, ¶¶368-69 (CL-159).

²⁵⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited contra República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Opinión Concurrente y Disidente de Gary Born, 18 de julio de 2008, ¶¶ 32, 33 (CL-160) (“La conducta de la República causó daño moral a BGT, así como también gastos jurídicos inevitables, dada la negativa de la República a reconocer de cualquier manera los efectos y la naturaleza de su conducta, en la obtención por parte de BGT del reconocimiento internacional de la violación de sus derechos.”).

²⁵⁵ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 272.

localizar activos de las Demandantes en previsión de su incautación y que Colombia se niegue a acordar detener los procedimientos de ejecución torna a este argumento discutible.²⁵⁶ No existe nada que sea “meramente hipotético” o “indeterminado” sobre los daños sufridos por la Demandante.²⁵⁷ Colombia cuantificó el monto de bienes o dinero que pretende tomar de la Demandante (sin fundamento) y este procedimiento representa el máximo empeño de las Demandantes para evitar tal injusticia. [REDACTED]

133. Colombia cita el caso *Glencore* para exigir a las Demandantes que “paguen voluntariamente” los daños que Colombia reclama con anterioridad a que las Demandantes puedan comenzar un arbitraje para reclamar esos daños.²⁵⁸ Es absurdo. Como afirmó el Tribunal en el caso *Glencore*, “Colombia cometió un ilícito internacional y las Demandantes tienen derecho a una reparación completa. El hipotético resultado futuro [del procedimiento nacional] no afecta el derecho de las Demandantes *hic et nunc* de recibir una indemnización por el daño existente.”²⁵⁹ Colombia no puede alegar de forma creíble que las Demandantes no sufrieron los daños existentes sobre los cuales el Tribunal puede emitir un laudo compensatorio.

VII. ESTE TRIBUNAL TIENE JURISDICCIÓN

A. Las Demandantes Tienen una "Inversión" Protegida Según los Términos Expresos del Acuerdo de Promoción Comercial y del Convenio CIADI

134. Colombia argumenta que las Demandantes no realizaron una inversión porque tanto el Acuerdo de Promoción Comercial como el Convenio CIADI exigen una asunción de riesgo que es diferente del riesgo comercial ordinario y que las Demandantes no asumieron dicho riesgo en este caso porque se les pagó por sus servicios y porque el Contrato es, según Colombia, un contrato comercial ordinario.²⁶⁰ Sin embargo, el Contrato expresamente cumple con la definición de inversión de conformidad con el Acuerdo de Promoción Comercial. Además, incluso si fuera

²⁵⁶ Véase Solicitud, ¶¶ 89-91; Resp. Respuesta, ¶¶ 33-34, 39-43.

²⁵⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 273 (donde se cita *Southern Pacific Properties contra Egypt*, Laudo sobre el Fondo, ¶ 189 (RL-168)).

²⁵⁸ *Id.*, ¶ 277. Como se ha señalado supra en nota al pie 226, en el caso *Glencore*, Colombia esgrimió precisamente lo contrario y argumentó que, debido a que *Glencore* había pagado el monto establecido en el fallo de la CGR en cuestión, se le prohibió obtener tal reparación.

²⁵⁹ *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 1581 (CL-005).

²⁶⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 281-289, 292-298.

necesaria una consulta adicional, el Contrato también cumple con la definición de inversión de conformidad con el Convenio CIADI. Este Tribunal tiene competencia *ratione materiae* sobre la inversión, y los argumentos de Colombia en contrario deben rechazarse.

135. El Acuerdo de Promoción Comercial da la siguiente definición de inversión:

inversión es todo activo que un inversor posee o controla, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, entre ellas, características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a) una empresa;
- b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d) futuros, opciones y otros derivados;
- e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- f) derechos de propiedad intelectual;
- g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con el derecho interno; y
- h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda[.]²⁶¹

136. Ese nivel de detalle no es para nada inusual ya que “[c]asi todos los TBIs contienen definiciones del término inversión.”²⁶² El Artículo 10.28 es una formulación estándar en el que la

²⁶¹ Artículo 10.28 del Acuerdo de Promoción Comercial (notas al pie omitidas) (CL-001).

²⁶² Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge 2010), ¶ 140 (RL-187).

definición se presenta “como una descripción amplia y general seguida de una lista no exhaustiva de derechos típicos.”²⁶³ En efecto, el profesor Schreuer cita el Modelo de TBI de Estados Unidos de 2004, que contiene literalmente la definición del Acuerdo de Promoción Comercial, entre los ejemplos "típicos" a los que se hace referencia.²⁶⁴

137. Entre la lista no exhaustiva (“incluyente”) de ejemplos se encuentran los “contratos de llave en mano, *de construcción, de gestión*, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos *similares*” como también “otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda.”²⁶⁵ Por lo tanto, los términos del Contrato cumplen con la definición de inversión de conformidad con el Acuerdo de Promoción Comercial.

138. “Las clases de contratos que por lo general se considera que presentan carácter de inversión cuando se los enumera en tratados bilaterales de inversión (TBIs), en la práctica y en la doctrina del CIADI son: los contratos de construcción, los de llave en mano, *los de gestión/servicios*, los de producción, los de participación en los ingresos, los de arrendamiento, los de transferencia de tecnología/conocimiento y los contratos de empresa conjunta.”²⁶⁶ Como tal, el lenguaje del Acuerdo de Promoción Comercial deja en evidencia la naturaleza artificial de la objeción a la “transacción comercial” por parte de Colombia porque, como “la mayoría de los TBIs que adhieren a los arbitrajes del CIADI,” el Acuerdo de Promoción Comercial “defin[e]

²⁶³ *Id.* “Una definición amplia de inversión . . . no es en absoluto una situación excepcional. Por el contrario, la mayoría de los tratados bilaterales contemporáneos se refieren a ‘toda clase de activos’, o a todos los activos’, e incluyen la enumeración de ejemplos que pueden tener derecho a cobertura; los reclamos de dinero y de cualquier rendimiento que tenga un valor financiero son características prominentes dichas enumeraciones.” *Fedax N.V. contra República de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/96/3, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, 11 de julio de 1997, ¶ 34 (CL-161) (donde se cita a Antonio R. Parra, *The Scope of New Investment Laws and International Instruments*, en *Economic Development Foreign Investment and the Law* (Robert Pritchard ed., 1996), págs. 35-36).

²⁶⁴ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 142 (RL-187).

²⁶⁵ TPA Art. 10.28 (CL-001) (énfasis añadido).

²⁶⁶ Velimir Zivkovic, *Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration*, 5 Eur. J. Legal Stud. 174, 176 (2012) (CL-162) (énfasis añadido); véase también, por ejemplo, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. contra República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/01/13, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2003, ¶¶ 134-35 (CL-163) (donde se determinó que un contrato de servicios para la inspección de mercancías constituyó una inversión en virtud del TBI porque una inversión incluye “reclamos de dinero” y cualquier “derecho otorgado en virtud de la legislación” y “en virtud del contrato”).

‘inversión’ de una manera que abarca cómodamente las llamadas ‘transacciones comerciales ordinarias.’”²⁶⁷ Ignorar el texto, como pretende Colombia, no solo iría en contra de la Convención de Viena sino también de los tribunales’ “intención . . . de no leer frases limitantes en tratados en los que dichas frases no existen en el texto.”²⁶⁸ Como señaló otro tribunal del CIADI al fallar contra un Estado representado por la misma asesoría letrada que representa a Colombia en este caso, respecto de la definición de inversión, “[e]l intento de la Demandada de leer en el lenguaje del TBI una condición” que no se encuentra en el lenguaje de la disposición aplicable.²⁶⁹

139. Tal como lo explica en términos lisos y llanos, el Acuerdo de Promoción Comercial tampoco requiere necesariamente una asunción de riesgo como exige Colombia. Más bien, el Artículo 10.28 establece que la inversión debe tener “características de una inversión, entre ellas, características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo.” No se puede objetar seriamente que las Demandantes comprometieron capital y otros recursos con la expectativa de obtener beneficios — cumpliendo ya con dos de las características de inversión señaladas por el Acuerdo de Promoción Comercial—. Aunque las Demandantes asumieron suficientes riesgos al celebrar el Contrato, entre ellos, el riesgo de impago y el de su ejecución,²⁷⁰ está claro que el Acuerdo de Promoción Comercial no exige una asunción de riesgo. En todo caso, el lenguaje disyuntivo del preámbulo (“o”) confirma aún más que los criterios son, como expresó Schreuer en el contexto del Convenio CIADI, “solamente . . . características típicas de las inversiones en virtud del Convenio.”²⁷¹

140. Como explicó el Tribunal en *Garanti Koza contra Turkmenistán*, siempre y cuando la definición de inversión en el tratado pertinente no exceda lo permitido por el Convenio CIADI, el cumplimiento con la definición de inversión en ese tratado también será una inversión a los

²⁶⁷ Stratos Pahiš, *Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law*, 45 Yale J. Int'l L. 69, 104 (2020) (CL-164); véase también *SGS contra Pakistán*, Decisión sobre Objeciones a la Jurisdicción, ¶ 133 n.153 (CL-163) (“sólo excepcionalmente un tratado ha excluido de la definición de inversión los reclamos de dinero que surgen exclusivamente de contratos comerciales de venta de bienes o servicios”).

²⁶⁸ McLachlan, et. al., *supra* nota al pie 84, ¶ 6.47 (CL-081).

²⁶⁹ *Garanti Koza LLP contra Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/11/20, Laudo, 19 de diciembre de 2016, ¶ 231 (CL-165).

²⁷⁰ Véase ¶¶ 150-153 *infra*.

²⁷¹ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 122 (RL-187).

efectos del Artículo 25 del Convenio CIADI.²⁷² En este contexto, Colombia no puede afirmar que la definición de inversión del Acuerdo de Promoción Comercial excede el alcance de lo que se permite en virtud del Convenio CIADI o que “es ‘absurda o claramente incompatible con [el] objeto y el propósito’ del Convenio CIADI.”²⁷³ Por lo tanto, la pregunta respecto de si las Demandantes realizaron una inversión cualificada puede llegar a su fin.

141. Sin embargo, en la medida en que el Tribunal no esté de acuerdo y adopte el criterio de “doble rasero”, las Demandantes también cumplen por separado con la definición de inversión provista por el Artículo 25 del Convenio CIADI.

142. El Artículo 25 del Convenio CIADI no define “inversión.” La Convención de Viena instruye que al interpretar un término no definido, “se puede recurrir a medios de interpretación complementarios, entre ellos, a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.”²⁷⁴ El profesor Julian Mortenson coincide: “‘inversión’ es un término ‘ambiguo’ por excelencia que justifica “[r]ecurrir [a] . . . los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.”²⁷⁵ Mientras que durante un tiempo los doctrinarios “habían asumido comúnmente que los miembros del comité de redacción con ideas afines se vieron obligados a dejar el término ‘inversión’ sin definir a causa de su incapacidad de formular, por una cuestión práctica de redacción, una definición única y clara,” “[l]a evidencia histórica demuestra que esta suposición simplemente resulta incorrecta” y que se alcanzó una comprensión suficiente como para “ampliar la competencia a cualquier activo o actividad

²⁷² *Garanti Koza c. Turkmenistán*, Laudo, ¶¶ 238-242 (CL-165)

²⁷³ *Id.* en ¶ 241 (donde se cita la CVDT Art. 32(b)).

²⁷⁴ Convención de Viena (RL-053).

²⁷⁵ Julian D. Mortenson, *The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law*, 51 Harv. Int'l L.J. 257, 260 (2010) (CL-166) (donde se cita la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 32, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331).

económica posible.”²⁷⁶ Por lo tanto, no debe sorprender que la gran mayoría de los tribunales que se han enfrentado con la cuestión de “inversión” hayan afirmado su competencia.²⁷⁷

143. Los tribunales han analizado si existe inversión mediante la aplicación de una serie de criterios, entre ellos, que exista (i) una contribución, (ii) de una duración determinada y (iii) un componente de riesgo.²⁷⁸

144. Aunque en ocasiones se han considerado erróneamente prerequisites jurídicos obligatorios, el profesor Schreuer aclara que “[e]stas características no deberían necesariamente considerarse como requisitos jurídicos sino simplemente como características típicas de las inversiones según el Convenio.”²⁷⁹ Hace una década, agregó que “[l]a evolución en la práctica de una lista descriptiva de características típicas hacia un conjunto de requisitos jurídicos obligatorios es desafortunada. La Primera Edición del Commentary no puede considerarse parte de la doctrina acerca de esta evolución.”²⁸⁰ Desde luego, “[l]as decisiones de los tribunales del CIADI no son precedentes vinculantes y cada caso se debe analizar sobre la base de sus propias circunstancias.”²⁸¹ Por consiguiente, los tribunales ahora son más propensos a evitar estos

²⁷⁶ *Id.*, en 259-60, 301 (CL-166) (donde se cita al Asesor Jurídico General del Banco Mundial, Aaron Broches, quien fue reconocido en la historia oficial del Convenio CIADI al afirmar que “[e]n el caso de las inversiones’ los tribunales emiten ‘fallo[s] que confirman que una parte le debía a la otra una suma de dinero determinada.’ Si se considera seriamente la explicación de Broches, la mejor interpretación que se puede alcanzar de la referencia irrestricta del Convenio a “inversión” es que las puertas del CIADI quedaron abiertas a cualquier posible actividad económica o activo.”); véase también Zivkovic, *supra* nota al pie 266, en 180 (2012) (CL-162) (donde se cita a Mortenson).

²⁷⁷ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 159 (RL-187).

²⁷⁸ Véase por ejemplo, *Mabco Constructions S.A. contra República de Kosovo*, Caso CIADI No. ARB/17/25, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de octubre de 2020, ¶ 96 (CL-167) (“De conformidad con una línea de jurisprudencia arbitral consolidada, un activo no se considera una inversión según el Convenio CIADI a menos que, acumulativamente, este represente una contribución sustancial de capital, conlleve un riesgo determinado y tenga una duración determinada.”); *Krederi ltd. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, 2 de julio de 2018, ¶ 237 (CL-168).

²⁷⁹ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 122 (RL-187).

²⁸⁰ *Id.*, ¶¶ 171-74 (RL-187) (donde se critica “la lista rígida de criterios” de los tribunales y se pone énfasis en que “[un] análisis que ponga el foco en la contribución al desarrollo del Estado anfitrión debería abordarse con especial cuidado” y “con cierta flexibilidad”).

²⁸¹ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. contra República Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción (Demanda Adicional), 2 de agosto de 2004, ¶ 25 (CL-169).

“criterios de definición” and “prefieren[] conservar un mayor grado de flexibilidad”²⁸² en línea con el alcance expresamente inclusivo del Artículo 25.²⁸³

145. No obstante, Colombia insta a este tribunal a adherir a una concepción manifiestamente incorrecta de “inversión” en el Artículo 25 para absolverse a sí misma de los incumplimientos cometidos en perjuicio de las Demandantes.²⁸⁴ Notablemente, Colombia circunscribe sus argumentos a uno de los criterios de *Salini* al afirmar que la inversión en este caso solamente constituye un “contrato comercial ordinario” que no debería contar con la protección del tratado puesto que carece de “[i]nversión o riesgo operativo.”²⁸⁵

146. Esta “prueba para determinar la existencia de una operación comercial n[o] proporciona una base sustentada en principios o predecible para distinguir entre actividades de inversión y de no inversión. [Por] el contrario, añade incertidumbre al arbitraje entre el inversor y el Estado.”²⁸⁶ Más aún, como una cuestión de interpretación del tratado, es preciso destacar que el criterio del riesgo fue de hecho “explícitamente considerado y rechazado durante el proceso de redacción del [Convenio CIADI]” (un “hecho histórico incómodo” para el argumento de Colombia).²⁸⁷ En efecto, por si lo expuesto no resultara suficiente, “[e]n la mayoría de los casos los tribunales coincidieron en que en los hechos presentados ante ellos estos criterios realmente se cumplieron.”²⁸⁸ Y, más específicamente, en cuanto al criterio realmente esgrimido por Colombia, resulta revelador que “[l]a existencia de *riesgo* siempre se confirmó por parte de los tribunales. La

²⁸² McLachlan, et. al., *supra* nota al pie 84, ¶ 6.07 (CL-081).

²⁸³ Véase, por ejemplo, *M.C.I. Power Group, L.C. y New Turbine, Inc. contra República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo, 31 de julio de 2007, ¶ 165 (CL-170) (“El Tribunal afirma que los requisitos que se tuvieron en cuenta en algunos precedentes arbitrales a los fines de evidenciar la existencia de una inversión protegida por un tratado (como la duración y el riesgo de la inversión alegada) se deben considerar simplemente como ejemplos y no necesariamente como elementos necesarios para la existencia de dicha inversión protegida. No obstante, el Tribunal considera que los elementos propios del proyecto Seacoast y las consecuencias del mismo se encuentran dentro de la caracterización que se exige a fin de determinar la existencia de inversiones protegidas.”).

²⁸⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 286.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ Stratos Pahis, *Invesmtnet Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law*, 45 *Yale J. Int’l L.* 69, 74 (2020) (CL-164).

²⁸⁷ Mortenson, *supra* nota al pie 275, en 260, 299 (2010) (CL-166) (donde también se cita que “está claro que los criterios jurídicos fundamentales del enfoque restrictivo se rechazaron durante el proceso de negociación, a pesar de los esfuerzos arduos y repetidos para que se los incluyera”).

²⁸⁸ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 159 (RL-187).

existencia misma de la controversia se consideró una señal de la presencia de riesgo. Además, los tribunales determinaron que el riesgo es inherente a cualquier contrato comercial a largo plazo.”²⁸⁹

147. Incluso suponiendo *a título de hipótesis* que este criterio pudiera tener un papel destacado en el análisis jurídico, Colombia no ha logrado identificar ni un sola fuente jurídica análoga que apoye su conclusión de que, en este caso, no se realizó inversión alguna. Más bien, los laudos citados por Colombia incluyen casos en los que el contrato en cuestión se celebró para una única compraventa de bienes (*Romak contra Uzbekistán*²⁹⁰; *Nueva Escocia contra Bolivia*²⁹¹; y *Jin Hae Seo contra Corea del Sur*²⁹²), casos en los que la inversión planificada nunca se concretó (*Doutremepuich contra. Mauricio*²⁹³ y *Charles Eyre ccontra Sri Lanka*²⁹⁴), o que de algún otro modo no son aplicables a este caso (*Poštová contra Grecia*²⁹⁵).

²⁸⁹ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 163 (RL-187) (énfasis en el original).

²⁹⁰ La Demandada celebró un contrato de suministro para entregar hasta 50.000 toneladas de trigo durante un período de cinco meses en 1996 y no recibió compensación por las entregas. *Romak S.A. (Switzerland) contra República de Uzbekistán*, Laudo, 26 de noviembre de 2009, ¶¶ 28-42 (RL-181). El Tribunal sostuvo que el contrato de suministro contemplaba una venta única de bienes y por lo tanto no existió una inversión. *Id.* en ¶¶ 213-232, 242-243.

²⁹¹ El Tribunal describió a la inversión potencial como el compromiso “de pagar y recibir carbón conforme a las Cartas de Confirmación de 2007.” *Nova Scotia Power Incorporated contra República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/1, Laudo, 30 de abril de 2014, ¶¶ 91-92 (RL-182). En consecuencia, el Tribunal sostuvo que “[u]n compromiso de un simple pago de dinero en el futuro tras la entrega de bienes es insuficiente para que se la considere la contribución que constituye la base de una inversión.” *Id.* en ¶ 97.

²⁹² El caso refiere a la compra de un “inmueble residencial relativamente modesto . . . que se utilizaba exclusivamente como vivienda privada de la familia del propietario,” y, por lo tanto, el tribunal consideró que “tanto la expectativa de ganancia o beneficio y la asunción de riesgo [eran] muy débiles.” *Jin Hae Seo contra República de Corea*, Caso HKIAC No. HKIAC/18117, Laudo Definitivo, 27 de septiembre de 2019, ¶ 130 (RL-195).

²⁹³ Las Demandantes planificaron crear un laboratorio en Mauricio pero nunca llevaron a cabo ninguno de esos planes, solo crearon las empresas que serían las dueñas del laboratorio, transfirieron €300.000 y supuestamente aportaron conocimiento técnico. *Christian Doutremepuich y Antoine Doutremepuich contra República de Mauricio*, Caso CPA No. 2018-37, Decisión sobre Jurisdicción, 23 de agosto de 2019, ¶¶ 121-122 (RL-193). El Tribunal concluyó que los €300.000 se transfirieron entre diferentes cuentas bancarias, todas ellas de titularidad de las Demandantes, que dichos fondos se transfirieron nuevamente a la cuenta de Mauricio solo entre 9 y 11 meses más tarde y que solo una pequeña parte del dinero se destinó a pagos únicos de bienes o servicios. *Id.* en ¶¶ 128-137, 143-144. El Tribunal también concluyó que las Demandantes no cumplieron con la carga probatoria de demostrar que aportaron conocimiento técnico. *Id.* en ¶¶ 138-140. Finalmente, mientras que el Tribunal reconoció que sus actividades futuras previstas habrían supuesto un riesgo de inversión, las actividades previas no implicaron tal riesgo. *Id.* en ¶ 147.

²⁹⁴ El Tribunal concluyó que las Demandantes nunca pagaron por el terreno que se alegó como la inversión, ni realizaron una contribución sustancial al proyecto hotelero previsto antes de que el Estado expropiara legalmente el terreno. Véase *Raymond Charles Eyre y Montrose Developments (Private) Limited contra República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, ¶¶ 280-282, 289-303 (RL-194).

²⁹⁵ El Tribunal concluyó que uno de los derechos de la demandante en títulos o bonos de deuda soberana no se ajustaba a la definición de inversión del tratado correspondiente. Véase *Poštová banka, a.s. e ISTROKAPITAL SE contra República Helénica*, Caso CIADI No. ARB/13/8, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶¶ 317, 331-350 (RL-192). Al aplicar *a título de*

148. Colombia también cita el laudo reciente en *Standard Chartered Bank (Hong Kong) contra Tanzania*.²⁹⁶ Ese tribunal concluyó, no obstante, que todos los criterios estaban *presentes* y por lo tanto se declaró competente *ratione materiae*, y señaló con respecto al riesgo que “la sugerencia de la Demandada de que la expectativa de la Demandante de obtener un rendimiento económico mediante la devolución del dinero otorgado en préstamo con intereses es indicativa de que se trata de una transacción comercial normal, con los riesgos comerciales habituales y nada más, no tiene en cuenta los riesgos asumidos al otorgar, mantener y reestructurar los préstamos en relación con el establecimiento y el mantenimiento del Instrumento.”²⁹⁷

149. En suma, ninguno de los casos citados por Colombia sustenta su posición de que la provisión de servicios por parte de las Demandantes a Reficar durante varios años no conllevó riesgo alguno y no constituyó una inversión solo porque Reficar finalmente pagó a las Demandantes por los servicios prestados.

150. Las Demandantes presentan hechos suficientes para exponer sus inversiones en Colombia.²⁹⁸ Desde el inicio, las Demandantes explicaron que “La Demandada FPJVC es un contrato de consorcio que, entre otros, proporciona servicios de ingeniería, gestión y consultoría al sector de petróleo y gas.”²⁹⁹ Además, explicaron que: Las Demandantes cuentan con una larga trayectoria de inversiones en Colombia, que comenzó en 1975 con una empresa local de ingeniería llamada Tecniavance.³⁰⁰

151. Por si todo ello no fuera suficiente, las Demandantes también explicaron lo siguiente:

Las Demandantes celebraron un contrato con Reficar, una empresa de propiedad colombiana, con el objeto de prestar servicios de

hipótesis la prueba objetiva de jurisdicción del CIADI, el Tribunal también concluyó que, en tanto los bonos de deuda soberana de Grecia se utilizaron solo a los efectos de las necesidades presupuestarias de dicho país, la Demandante solo asumió “riesgo soberano” y no realizó ninguna inversión. *Id.* en ¶¶ 363-365, 367-371.

²⁹⁶ Véase Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 285, nota al pie. 570.

²⁹⁷ *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited contra República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/15/41, Laudo, 11 de octubre de 2019, ¶¶ 220, 230, 246, 235, 239 (RL-188).

²⁹⁸ Véase ¶¶ 32 *supra* (explicación de la prueba *prima facie*).

²⁹⁹ Solicitud de Arbitraje, ¶ 15.

³⁰⁰ *Id.*, ¶ 16.

gestión de proyectos en relación con la construcción y expansión de una refinería de petróleo propiedad de Colombia a fin de proveer combustibles ecológicamente limpios para satisfacer la demanda colombiana. Con ello, las Demandantes invirtieron cantidades significativas de tiempo, capital, personal y trabajo en territorio colombiano. Todos estos actos se llevaron a cabo con la expectativa de que las Demandantes recibirían un beneficio. El Contrato también creó derechos, tanto tangibles como intangibles, a una prestación contractual con valor económico para las Demandantes. Como tales, las Demandantes son “invesore[s] de una Parte” y realizaron una “inversión” según el Acuerdo de Promoción Comercial.³⁰¹

152. Reportes de medios de comunicación del momento señalaron que “[e]l proyecto global aliviará las restricciones regionales de refinación y le permitirá a REFICAR producir gasolina y diésel limpios y de ultra bajo azufre a partir de crudo pesado” y remarcaron que se trataba de un proyecto “clave para mejorar el posicionamiento de Ecopetrol como productor líder para toda la región.”³⁰² Las Demandantes contrataron y prestaron servicios en relación con la construcción y expansión de una refinería de petróleo, capital, mano de obra y tiempo significativos en relación con dichos servicios durante muchos años y personal de ingeniería y gestión de proyectos, entre otros elementos.³⁰³

153. Finalmente, las partes coincidieron en que los servicios prestados por FPJVC tendrían una duración de 45 meses aproximadamente.³⁰⁴ En realidad, se extendieron durante seis años.³⁰⁵

154. Como se citó supra, “[l]a gran mayoría” de los tribunales del CIADI han “concluido que las controversias presentadas ante ellos se refieren, en efecto, a inversiones, según su definición en los respectivos TBIs.”³⁰⁶ Entre ellos, el tribunal en *Bayindir contra Pakistán*

³⁰¹ *Id.*, ¶ 29.

³⁰² Reficar le adjudicó a CB&I (CBI) un contrato por USD 1.400 millones STREETINSIDER.COM (publicado el 17 de noviembre de 2009 a las 7:27 AM), <https://www.streetinsider.com/Corporate+News/CB%26I+%28CBI%29+Awarded+%241.4B+REFICAR+Project/5116725.html> (C-014).

³⁰³ Carta de las Demandantes al Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2020, págs. 11-12.

³⁰⁴ Contrato, Artículo 20 (C-007).

³⁰⁵ Solicitud de Arbitraje, ¶ 53.

³⁰⁶ Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 145 (RL-187).

sostuvo que un compromiso sustancial de recursos no podría “impugnarse seriamente” en virtud de que la demandante capacitó “aproximadamente 63 ingenieros” y proporcionó “equipamiento y personal significativos.”³⁰⁷ El tribunal consideró además que un contrato de tres años tenía la duración suficiente.³⁰⁸ Y con respecto al factor del riesgo, el tribunal concluyó que “además del riesgo inherente a los contratos de largo plazo. . . la existencia misma de un período de responsabilidad por defecto de un año y de un período de mantenimiento de cuatro años contra la cancelación del pago crea un riesgo evidente.”³⁰⁹

155. De igual manera, el tribunal en *Jan de Nul contra Egipto* concluyó que los criterios de la “prueba de Salini” “claramente” se cumplieron, y fundamentó que

[e]n particular, la cantidad de trabajo que conllevó (incluyendo la movilización de dos buques pesados por un período de 19 meses aproximadamente) y la compensación correspondiente [el valor del trabajo se estimó en USD 130 millones] muestran que la contribución de las Demandantes fue sustancial. Además, no puede haber duda alguna de que una operación de tal magnitud y complejidad implica un riesgo y, seriamente, no se puede negar que la operación del Canal de Suez sea de importancia primordial para la economía y el desarrollo de Egipto.³¹⁰

156. A la luz de los hechos alegados y de las fuentes aplicables, las Demandadas tienen una inversión.

B. FPJVC Es un “Nacional de otro Estado Contratante” De Conformidad con el Artículo 25 del Convenio CIADI

157. Colombia afirma que “La Demandada FPJVC no califica como un ‘Nacional de otro Estado Contratante’ de conformidad con el Artículo 25(2)(b) del Contention [sic] CIADI porque

³⁰⁷ *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. contra República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de noviembre de 2005, ¶ 115 (RL-052); véase también *Consortium RFCC contra Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/6, Laudo Sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶¶ 50-56 (CL-171) (donde se determinó que un consorcio italiano al cual una entidad privada de propiedad mayoritaria del Estado y a cargo del desarrollo de la red vial del Reino le adjudicó un contrato para construir parte de una nueva autopista en Marruecos tenía una “inversión”, debido a las transferencias de fondos, equipamiento, personal y conocimiento técnico a Marruecos valuadas en USD 33 millones y a que la “[c]onstrucción, que abarca varios años, y cuyo costo no se puede calcular con exactitud por adelantado crea un riesgo manifiesto para el contratista”).

³⁰⁸ *Bayindir contra Pakistán*, Decisión sobre Jurisdicción, ¶¶ 132-33 (RL-052).

³⁰⁹ *Id.* en ¶¶ 134-36.

³¹⁰ *Jan de Nul contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/04/13, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de junio de 2006, ¶ 92 (CL-172).

es un contrato de consorcio y no una ‘persona jurídica.’”³¹¹ Una vez más, la objeción de Colombia carece de mérito.

158. El Convenio CIADI deja el concepto de “persona jurídica” sin definir porque “los países pueden diferir en el tratamiento de las sociedades, asociaciones o empresas.”³¹² Es indudable que el concepto relevante de “persona jurídica” es aquel que la define “en virtud del derecho del lugar donde [FPJVC] se constituyó (derecho de Nueva York).”³¹³ A diferencia del caso *Impregilo*, no obstante, en el que el derecho de Suiza regía esa definición y la entidad en cuestión “no tenía personalidad jurídica según el derecho suizo,”³¹⁴ la joint venture es una persona jurídica según el derecho de Nueva York.

159. Según el derecho de Nueva York, “[e]s bien sabido que ‘[u]na joint venture . . . es en cierto modo una sociedad con un fin limitado, y hace tiempo que se reconoce que las consecuencias jurídicas de una joint venture son equivalentes a aquellas de una sociedad,’ y, en consecuencia, resulta apropiado estudiar el Derecho Societario para resolver controversias relacionadas con las joint ventures.”³¹⁵ Al igual que “[d]os o más personas que realicen una actividad empresarial en forma de sociedad pueden demandar o ser demandadas en nombre de esta”,³¹⁶ también las joint ventures, en tanto constituyen un tipo particular de sociedad en virtud del derecho aplicable.

160. Colombia cita la jurisprudencia de Nueva York en función de la premisa de que las joint ventures son similares a las sociedades y argumenta que esto prueba de alguna manera que

³¹¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 299.

³¹² Schreuer, *supra* nota al pie 262, ¶ 689 (RL-187).

³¹³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 309.

³¹⁴ *Impreglio S.p.A. contra República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. Arb/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, ¶¶ 118-19 (RL-129).

³¹⁵ *Eskenazi contra Schapiro*, 27 A.D.3d 312, 315 (N.Y. App. Div., 1st Dep’t 2006) (CL-173).

³¹⁶ New York Civil Practice Law and Rules, C.P.L.R. § 1025 (CL-174); véase también 15A N.Y. Jur. 2d Business Relationships § 1498 (CL-175) (“Para determinados fines, no obstante, se puede pensar en la ficción de una sociedad como persona jurídica que existe de forma independiente y al margen de sus miembros. El congreso puede considerar a una sociedad al margen de sus miembros y ha reconocido a las sociedades como personas jurídicas a efectos procesales, permitiendo bien que se interponga una demanda contra una sociedad o que esta interponga una demanda en su nombre.”).

FPJVC no posee personalidad jurídica propia.³¹⁷ Colombia también se basa en una sentencia dictada en 1935, ignorando casi un siglo del derecho de Nueva York que ha sido rechazada firmemente desde entonces.³¹⁸ Para ilustrar hasta qué punto la sentencia de 1935 es obsoleta, vale la pena señalar que esta se basa en el argumento de que un marido no podía ser responsable por el delito de daños contra los derechos personales a su esposa, en parte porque una mujer casada no tenía derecho a la titularidad de bienes por separado.³¹⁹ En cualquier caso, el derecho de Nueva York reconoce las joint ventures como personas jurídicas con capacidad de demandar y ser demandadas, y, sistemáticamente estas son parte en los litigios de Nueva York.³²⁰

161. Un análisis más detallado de los casos más recientes citados por Colombia también revela que, de hecho, la Demandada apoya la posición de las Demandantes. En *Deutsche Bank contra Bills*, uno de los casos citados por Colombia, el tribunal afirmó que “resulta apropiado estudiar el Derecho Societario para resolver controversias relacionadas con las joint ventures.”³²¹ El tribunal señaló entonces que “la actuación de cada socio, *incluyendo la ejecución en nombre de la sociedad de cualquier instrumento*, ...obliga a la sociedad...”³²² En efecto, el Contrato que forma parte de la inversión de las Demandantes fue suscrito por Reficar por una parte, y por FPJVC (no por cada entidad de la joint venture), por la otra.³²³

162. De igual manera, en *Tehran-Berkeley Civil & Environmental Engineers contra Tippetts-Abbett-McCarthy-Stratton*, el otro caso citado por Colombia, se le presentó al Tribunal

³¹⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 302.

³¹⁸ *Id.*, ¶ 302 n. 603.

³¹⁹ *Caplan contra Caplan*, 268 N.Y. 445, 448-449 (N.Y. 1935) (**RL-204**). Véase también *People contra Morton*, 308 N.Y. 96, 98 (N.Y. 1954) (**CL-176**), la sentencia de un tribunal de última instancia de Nueva York (donde se explica el razonamiento que subyace a sentencias como la de *Caplan* y que estas ya no se consideran válidas).

³²⁰ *Michelman-Cancelliere Iron Works, Inc. c. Kiska Const. Corp.-USA*, 18 A.D.3d 722, 723 (N.Y. 2nd Dep’t 2006) (**CL-177**); *Condado of Monroe contra Raytheon Co.*, 156 Misc.2d 445, 454 (N.Y. Sup. Ct. 1991) (**CL-178**) (donde se diferencia el argumento de “que es un principio bien establecido que una sociedad no es una entidad separada de las personas que la componen” porque “para numerosos fines, los tribunales consideran que una sociedad es una entidad separada” y “una sociedad se considera una entidad jurídica a los efectos de las presentaciones judiciales”).

³²¹ *Deutsche Bank Natl. Trust Co. c. Bills*, 2012 N.Y. Misc. LEXIS 4842, en *10 (N.Y. Sup. Ct. 15 de octubre de 2012) (**RL-201**).

³²² *Id.* en *10 n. 4 (donde se cita Partnership Law § 201). Véase también *id.* en *12 (“una cesión de derechos ejecutada por uno de los socios en nombre de la sociedad traslada el derecho a los beneficios de la sociedad, siempre y cuando el acto sea potestad del socio...”).

³²³ Véase El Contrato en las aclaraciones introductorias previo a la sección 1; § 31.3 (lugar destinado a las firmas) (**C-005**).

de Apelaciones del Segundo Circuito la cuestión de si dos entidades habían suscrito un contrato como entidades o como individuos, y si cualquiera de estos dos casos podía impedir que una de las entidades fuera demandada de forma individual.³²⁴ Al afirmar que, si bien las dos entidades ejecutaron el contrato como una joint venture aún podrían ser demandadas por separado, el Segundo Circuito sostuvo que “[l]a responsabilidad conjunta de una sociedad ante sus obligaciones contractuales ...no impide interponer una demanda contra un socio individual en cualquier circunstancia.”³²⁵ De igual manera, el hecho de que un accionista pueda, en algunas circunstancias, ser demandado junto a la sociedad de la que es propietario no significa que una sociedad no sea una persona jurídica.

163. Además, el Artículo 130 de la Ley General de Empresas de Nueva York “define ‘persona’ como ‘un individuo, sociedad, sociedad anónima o asociación sin personalidad jurídica’”. El Artículo 130 de la Ley General de Empresas es aplicable a las joint ventures en tanto estas son simplemente “una combinación especial de dos o más personas en la que se se busca llevar adelante un negocio específico sin ninguna designación real de sociedad o empresa.”³²⁶ Por lo tanto, FPJVC califica como un “nacional de otro Estado Contratante” a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

164. La objeción de Colombia también sugiere que existe alguna prueba independiente en el Convenio CIADI con relación a quién califica como inversor y que el consentimiento mediante el Acuerdo de Promoción Comercial es de alguna manera insuficiente. Esto tampoco es así.

165. Como cuestión inicial, Colombia reconoce lo obvio al coincidir en que la Demandante FPJVC es un “inversor” según los términos del Acuerdo de Promoción Comercial.³²⁷ No está en discusión que FPJVC is una joint venture estadounidense, y el Artículo 10.28, a su vez, afirma que “empresa significa . . . joint venture.” Sin embargo, Colombia sostiene, en un

³²⁴ *Tehran-Berkeley Civil & Environmental Engineers contra Tippetts-Abbett-McCarthy-Stratton*, 888 F.2d 239, 242 (2d Cir. 1989) (RL-202).

³²⁵ *Id.* en 243.

³²⁶ *Eleven Fifteen Joint Venture contra LIU Imports, Inc.*, 2000 WL 33952042 at *2 (Suprema Corte del Estado de Nueva York. 13 de octubre de 2000) (CL-179).

³²⁷ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 307.

“argumento” carente de fundamento en la doctrina, que esto “no es suficiente para permitir que este Tribunal ejerza su competencia *ratione personae* sobre la Demandante FPJVC porque el Tribunal se constituyó según el Convenio CIADI.”³²⁸

166. El Artículo 25 (“Jurisdicción del Centro”) del Convenio CIADI afirma en la parte pertinente lo siguiente:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y *el nacional de otro Estado Contratante, y que las partes de la controversia hayan consentido por escrito en someter al Centro*. Una vez que las partes hayan prestado su consentimiento, ninguna podrá retirar su consentimiento unilateralmente.

(2) ‘Nacional de otro Estado Contratante’ significa: . . . (b) toda persona jurídica que tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la controversia. . . .

167. Entretanto, el Artículo 10.17 del Acuerdo de Promoción Comercial establece lo siguiente:

1. Cada parte consiente en someter un reclamo al arbitraje según este Artículo y de conformidad con este Acuerdo.

2. El consentimiento al que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de un reclamo a arbitraje según este Artículo cumplirá con los requisitos señalados en: (a) El Capítulo II del Convenio CIADI (Jurisdicción del Centro) y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI para el consentimiento por escrito de las partes de la controversia

De igual manera, Colombia dio su permanente “consentimiento[] para el sometimiento de un reclamo” según el Acuerdo de Promoción Comercial cuando ratificó ese tratado, y, por lo tanto, también “cumpliment[ando]” los requisitos de consentimiento del Artículo 25 del Convenio CIADI.

³²⁸*Id.*

168. Como el comentario sobre el Modelo de TBI de Estados Unidos de 2012 explicita claramente:

El Artículo 25 [Artículo 10.17 del Acuerdo de Promoción Comercial] reconoce el principio fundamental de que el arbitraje inversor-Estado en virtud de un TBI de Estados Unidos, al igual que otras formas de arbitraje, requiere el consentimiento de las partes contendientes. El Artículo 25(1) [10.17.1 aquí] representa el consentimiento permanente de cada parte de someterse al arbitraje inversor-Estado de acuerdo con los términos establecidos en el mismo. . . . El consentimiento de una Parte en virtud del artículo 25(1) es irrevocable mientras un TBI de Estados Unidos continúe en vigor.... En conjunto, el consentimiento permanente de una Parte y la presentación de la notificación de arbitraje por parte del inversor establecen el acuerdo necesario para el arbitraje... *El Artículo 25(2) confirma que este . . . proceso satisface los requisitos del consentimiento mutuo para someterse al arbitraje según el Convenio CIADI . . .*³²⁹

169. Ciertamente, no solo el Artículo 25 del modelo de TBI de 2012 es idéntico al lenguaje del Artículo 10.17 del Acuerdo de Promoción Comercial, sino que el Artículo 25 no se ha modificado con respecto a su predecesor de 2004 "en el que se basa este Tratado".³³⁰

170. La conclusión relativa a la interrelación entre el Acuerdo de Promoción Comercial y el Artículo 25 del CIADI es apoyada universalmente por los tribunales y los doctrinarios reconocidos, entre ellos, los citados por Colombia sobre este mismo tema. El profesor Schreuer, cuyo tratado Colombia cita una vez más, aunque omite las partes relevantes,³³¹ explica lo siguiente:

Ambas o todas las partes deben prestar su consentimiento. Tradicionalmente, esto tendría lugar mediante un acuerdo directo entre el Estado anfitrión y el inversor. . . . El consentimiento también puede ser el resultado de una oferta unilateral por parte del Estado anfitrión, que se expresa en su legislación o en un tratado. . .

³²⁹ Caplan and Sharpe, *supra* nota al pie 236, en pág. 65-66 (RL-037) (énfasis añadido).

³³⁰ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 234.

³³¹ Véase *id.*, ¶ 308.

. Hoy en día, la gran mayoría de los casos se basan en el consentimiento otorgado de esta manera indirecta.³³²

171. Más importante aún con respecto a la objeción de Colombia es que: “[e]l consentimiento mediante los TBIs se ha convertido en una práctica aceptada.”³³³ En palabras de un tribunal del CIADI, “[a]hora se acepta [a partir de 2010] de manera uniforme que la ratificación de un tratado de inversión bilateral que contenga tales disposiciones constituye el consentimiento por escrito de un Estado a someterse al arbitraje de las controversias contempladas.”³³⁴ Esto es lo que otro tratado jurídico denomina “una especie de jurisdicción obligatoria contra el Estado anfitrión.”³³⁵ En suma, FPJVC es un nacional de otra Parte Contratante.

C. La Demandada Recibió Notificación de Intención Adecuada

172. El Tribunal tiene competencia *ratione voluntatis* y los reclamos son admisibles en su totalidad. El Artículo 10.17 establece that “[c]ada parte consiente en someter un reclamo al arbitraje según este Artículo y de conformidad con este Acuerdo.” El Artículo 10.16.2, a su vez, establece los requisitos que debe tener una notificación de intención:

Por lo menos 90 días antes de que se someta un reclamo a arbitraje según este Artículo, la demandante entregará a la demandada una notificación escrita de su intención de someter el reclamo a arbitraje (“notificación de intención”). En la notificación se especificará:

- (a) el nombre y el domicilio de la demandante y, en el caso de que el reclamo se someta en representación de una empresa, el nombre, domicilio y lugar de constitución de la empresa;
- (b) por cada reclamo, la disposición de este Acuerdo, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente incumplido y cualquier otra disposición aplicable;
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en las que se funda cada reclamo; y
- (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

³³² Schreuer, *supra* nota al pie 262, pág. 191 (RL-187).

³³³ *Id.* en 205.

³³⁴ *SGS Societe Generale de Surveillance S.A. contra República de Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/29, Decisión sobre Jurisdicción, 12 de febrero de 2010, ¶ 70 (CL-180).

³³⁵ Andrea M. Steingruber, *Consent in International Arbitration* (Oxford 2012), pág. 202 (CL-181).

173. Colombia admite de buen grado que recibió una notificación con un plazo de noventa días por parte de FPJVC en la que se le notificó su intención de someter un reclamo a arbitraje, pero condena el hecho de que “la Notificación de Intención de someter este reclamo a arbitraje . . . solo fue enviada por la Demandante FPJVC y no por Foster Wheeler and Process Consultants.”³³⁶ Esto es así, según Colombia, porque “[e]l envío de una notificación de intención no constituye una simple ‘formalidad’, o un acto de cortesía, sino un requisito explícito en virtud del Tratado.”³³⁷

174. Esto simplemente no es verdad. En 2019, el tribunal en *B-Mex contra Estados Unidos Mexicanos* rechazó este mismo argumento en un análisis detallado de la Convención de Viena y el análisis de jurisprudencia de las disposiciones del TLCAN en un paralelismo con las del Acuerdo de Promoción Comercial.³³⁸

175. Allí, la notificación de intención “no incluyó los nombres y los domicilios de . . . 31 [de 69] Demandantes Adicionales ni de Operadora Pesa.”³³⁹ México argumentó que esta omisión privó al tribunal de jurisdicción y volvió inadmisibles los reclamos de las Demandantes Adicionales.³⁴⁰ Los argumentos de México, no obstante, no influyeron en el tribunal. En efecto, el análisis del tribunal con respecto a la jurisdicción se aplica literalmente en este caso:

El Artículo 1119 [véase aquí el Artículo 10.16.2] se establece en términos obligatorios: “señalará”. No obstante, no se pronuncia sobre las consecuencias de no incluir toda la información requerida en la notificación de intención. El Artículo 1119 no se refiere al Artículo 1122(1) [véase aquí el Artículo 10.17]; no establece que el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo 1119 [Artículo 10.16.2] sea una condición previa al consentimiento de una Parte del TLCAN; y no afirma que el incumplimiento de esos

³³⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 310.

³³⁷ *Id.*, ¶ 315 (énfasis en el original).

³³⁸ Véase *B-Mex, LLC, et al. contra Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3 (TLCAN), Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 54-139 (RL-216).

³³⁹ *B-Mex contra Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Parcial, ¶ 65 (RL-216).

³⁴⁰ *Id.* en ¶¶ 72, 73 (“Jurisdicción se refiere a la cuestión de si un tribunal *tiene* la facultad para entender y decidir sobre una controversia en particular, mientras que admisibilidad hace referencia a si un tribunal —que tiene dicha facultad para entender y decidir sobre una controversia— puede *ejercer* dicha facultad para entender sobre una controversia en particular. Los doctrinarios han hecho hincapié en la relevancia práctica de la distinción: mientras que las determinaciones en materia de jurisdicción están sujetas a revisiones de anulación en la mayoría de las jurisdicciones, las determinaciones en materia de admisibilidad no lo están.”).

requisitos viciará el consentimiento de una Parte del TLCAN. Por lo tanto, el texto del Artículo 1119 [Artículo 10.16.2] por sí solo no obliga a concluir que el hecho de no incluir toda la información requerida en la notificación de intención vicia el consentimiento de una Parte del TLCAN según el Artículo 1122(1) [Artículo 10.17].³⁴¹

176. Conforme lo que explicó el tribunal en *B-Mex*, “[r]esulta axiomático que el ‘arbitraje’ al que la Demandada consiente en el Artículo 1122(1) no comienza ni llega a existir hasta el sometimiento del reclamo,” y si bien “[l]a emisión de una notificación de intención es, a lo sumo, un ‘procedimiento’ que debe realizarse *previo* al arbitraje, si lo hubiere; no es un procedimiento con respecto al cual debe apegarse un posterior *arbitraje*, si lo hubiere,” lo que quiere decir que “[n]inguna parte de esas disposiciones puede interpretarse como condicionante de la ‘validez’ del sometimiento del reclamo al arbitraje con respecto al cumplimiento del Artículo 1119.”³⁴²

177. El tribunal en *B-Mex* también rechazó rotundamente el postulado de México de que existe una “*jurisprudencia constante* en el sentido de todas las condiciones previas y formalidades . . . deben ser cumplidas,” para determinar en cambio que los tribunales “han rechazado el argumento de que la falta de cumplimiento [de los requisitos de la notificación de intención] debe resultar en la pérdida de jurisdicción.”³⁴³

178. En cuanto a la admisibilidad, “[s]i bien algunos tribunales constituidos en virtud del tratado han desestimado reclamos y requerido una nueva presentación una vez que los vicios hubieren sido subsanados, otros han admitido los reclamos cuando ello servía mejor a los intereses de la justicia, en consideración de factores tales como la futilidad, la eficiencia, el debido proceso,

³⁴¹ *Id.* en ¶ 81 (énfasis en el original)

³⁴² *Id.* en ¶¶ 84, 97, 99 (énfasis en el original).

³⁴³ *Id.* en ¶¶ 118-19 (citas omitidas).

el perjuicio y el equilibrio de los intereses de las partes.”³⁴⁴ Por lo tanto, el tribunal “debe velar por los intereses de la justicia.”³⁴⁵

179. Como bien sabe Colombia, AFWUSA y PCI confirman la joint venture FPJVC, y todas las Demandantes presentan los mismos reclamos contra Colombia. En efecto, Colombia argumenta en otro lugar que FPJVC no existe, sino solo sus dos miembros. Ciertamente, Colombia sabía que FPJVC es una joint venture formada por sus dos miembros, ya que la notificación de intención así lo explicitaba, al igual que los Cargos imputados por la CGR y la Decisión de la CGR. Por lo tanto, sobre la base de estos hechos, la cita de Colombia a la presentación de otra parte no-contendiente de Estados Unidos es un sustituto lamentable de la doctrina actual.³⁴⁶

180. En efecto, a pesar de la vehemencia de los documentos de Colombia sobre este aspecto, la Demandada no ha sufrido ningún perjuicio, y no podría alegar de buena fe haberlo sufrido, por más leve que fuere, a raíz de la supuesta omisión en la que se basa este argumento.³⁴⁷ El enfoque correcto de este reclamo, planteado repetidamente por las demandadas del Estado y rechazado, se establece en el laudo de *B-Mex contra Estados Unidos Mexicanos* como sigue:

Si bien el Tribunal acepta el punto de vista de la Demandada de que la omisión de los nombres de las Demandantes Adicionales no constituye un “defecto menor” similar a un error ortográfico en el tipeo de sus nombres, el hecho es que la incorporación de dichos nombres no habría ampliado la notificación enviada a la Demandada respecto de la naturaleza de la controversia. Aun si los reclamos de las Demandantes Adicionales hubieran sido coincidentes con los de las Demandantes Originales en la Notificación, de todos modos la Notificación proporcionó suficiente información acerca del reclamo

³⁴⁴ En la que puede considerarse la nota a pie de página más completa en la jurisprudencia arbitral, el tribunal citó una serie de laudos emitidos por tribunales del TLCAN y por otros tribunales para sustentar su conclusión. Véase *id. en* ¶ 126 nota al pie 117.

³⁴⁵ *Id. en* ¶ 128; nota al pie 118 (“El Tribunal señala que otros tribunales han ido más allá y han considerado que contaban con un margen de apreciación judicial incluso si un procedimiento prearbitral era una condición expresa del consentimiento de una parte al arbitraje. El Tribunal no concuerda (y no tiene necesidad de hacerlo) con ese enfoque.”).

³⁴⁶ Véase Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 192-93 (donde se cita *Astrida Benita Carrizosa contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05, Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020, ¶¶ 28-29 (RL-206)).

³⁴⁷ De hecho, Colombia dejó que transcurriera el período de 90 días en el que se suspendieron las actuaciones de las partes sin respuesta ni notificación alguna. Luego de que las Demandantes se contactaran por escrito tras dicho período para proponer consultas, se las invitó a reunirse con ANDJE en Bogotá; las Demandantes viajaron a tal fin, solo para tomar conocimiento de que Colombia no tenía ningún interés en intentar dirimir la controversia.

como para permitir un esfuerzo mínimo de negociación. Por lo tanto, esta no es una situación en la que un Estado demandado ha sufrido una emboscada, al tener conocimiento de la controversia por primera vez con la recepción de la solicitud de arbitraje.³⁴⁸

181. Tampoco “priva a [Colombia del] . . . derecho a ser informada con anterioridad de los reclamos contra sus medidas y de procurar cualquier intento de atenuar el reclamo.”³⁴⁹ En este caso, “la Notificación de hecho proporcionaba información suficiente para permitir un esfuerzo de negociación significativo *con anterioridad* al arbitraje, [lo que significa que] no se configura un perjuicio discernible contra la Demandada.”³⁵⁰

182. Por todas estas razones, la queja de Colombia de que se debió haber realizado una notificación adicional es poco más que una farsa.

D. La Objeción a la Bifurcación de Vías por parte de la Demandada Ignora la Naturaleza del Procedimiento Local y el “Test” de la Triple Identidad Aplicable

183. Colombia argumenta que las “Demandantes no pueden someter su reclamo por un supuesto incumplimiento de la obligación del Tratado a un trato justo y equitativo (“TJE”) al arbitraje en virtud del Tratado debido a que definitivamente eligieron presentar tal reclamo ante los tribunales colombianos.”³⁵¹ Esto es falso, debido a que la acción presentada en Colombia fue necesaria para preservar los derechos de las Demandantes y también porque dicha acción no cumple con el “test” de la triple identidad que sería necesario para otorgarle carácter excluyente.

184. La acción que da origen a la afirmación de Colombia es la primera *acción de tutela* interpuesta el 14 de septiembre de 2018 (la “**Primera Acción de Tutela**”) por las Demandantes ante los tribunales colombianos.³⁵² La Primera Acción de Tutela tuvo por objeto solo la

³⁴⁸ *B-Mex contra Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Parcial, ¶¶ 132-33 (RL-216).

³⁴⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 192-93 (donde se cita *Methanex Corp. contra Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, ¶ 120) (RL-209); *Astrida Benita Carrizosa contra Colombia*, Presentación de los Estados Unidos de América, ¶¶ 28-29 (RL-206)).

³⁵⁰ *B-Mex contra Estados Unidos Mexicanos*, Laudo Parcial, ¶ 137 (RL-216) (énfasis en el original).

³⁵¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 319.

³⁵² Si bien Colombia objeta la Solicitud de Arbitraje de las Demandantes por varios motivos, la única “elección” presunta por parte de las Demandantes que la Demandada argumenta como definitiva a los fines de la cláusula de bifurcación del Tratado es “la primera de las *acciones de tutela* interpuesta ante los tribunales colombianos.” *Id.*, ¶ 323.

preservación de los derechos de las Demandantes ante la CGR en virtud del derecho colombiano, y ninguna acción de tutela puede dar lugar a una elección basada en una cláusula de bifurcación de vías. En efecto, el argumento de Colombia sobre este punto está intrínsecamente en desacuerdo con su afirmación de que las Demandantes presuntamente no han agotado la vía de las reparaciones locales (si bien no existe tal requisito).³⁵³

185. Como Colombia reconoce, una *acción de tutela* es solo “un mecanismo para lograr la protección judicial *inmediata* de los derechos fundamentales” que es “subsidiaria y residual”.³⁵⁴ Estas no son características de un reclamo autónomo que constituya una “elección” definitiva de “un tribunal judicial o administrativo”.³⁵⁵ Este es el motivo por el cual Colombia en *Glencore* declinó siquiera intentar argumentar que las *acciones de tutela* (o una apelación al rechazo de una

³⁵³ Véase Christoph Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 1 (2005), pág. 16 (CL-183) (“[E]s probable que surjan inconvenientes si se adopta de manera generalizada la idea de que se deben intentar reparaciones locales con anterioridad a que el arbitraje internacional esté disponible. Por ejemplo, no está claro cómo puede combinarse este requisito con una cláusula de bifurcación de vías de un TBI aplicable.”); *Mytilineos Holdings contra Serbia y Montenegro*, Laudo Parcial Sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, ¶ 221 (CL-184) (“Suponer que el TBI no ha prescindido de forma tácita del requisito de agotar las reparaciones locales implicaría que un inversor, antes de elegir entre los tribunales nacionales y el arbitraje, tendría que agotar los recursos nacionales. Esto privaría de sentido a la ‘opción de los tribunales nacionales’ respecto de la cláusula de bifurcación de vías y, por lo tanto, no es posible suponer tal cosa Por consiguiente, no se puede exigir que se agote la instancia de las reparaciones locales como condición previa para someterse al arbitraje.”).

³⁵⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 136 y nota al pie 283 (énfasis añadido); véase también Constitución Política de Colombia, Art. 86 (CL-004) (una *acción de tutela* permite a un litigante reclamar “la protección *inmediata* de sus derechos constitucionales fundamentales, toda vez que estos resulten violentados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública” (énfasis añadido)).

En virtud del derecho colombiano, una acción de tutela es un “recurso judicial extraordinario específicamente concebido para la protección de los derechos constitucionales que puede interponerse contra los daños o amenazas inflingidos a tales derechos no solo por las autoridades sino también por los particulares.” Véase Allan R. Brewer-Carías, *The Latin American “Amparo”. A General Overview*, LATIN AMERICA WORKSHOP ON HUMAN RIGHTS & LEGAL THEORY, LEITNER CENTER FOR INTERNATIONAL LAW AND JUSTICE, FORDHAM LAW SCHOOL en 1-2 (CL-185). El tribunal de tutela puede dictar una orden “para la protección de los derechos amenazados o el restablecimiento del goce del derecho vulnerado.” *Id.* La orden puede consistir en “una decisión que ordene o impida un acto, ordene a alguien hacer, no hacer o revertir un acto.” *Id.*

Una acción de tutela tiene por objeto proteger “derechos constitucionales fundamentales.” Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-095/16, 25 de febrero de 2016, No. T- 5.193.939 en 17 (CL-186) (énfasis añadido). La Corte Constitucional de Colombia afirmó que el concepto de “derechos constitucionales fundamentales” incluye los derechos reconocidos por la Constitución y, en virtud del Artículo 93 de la Constitución, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-067/03, 4 de febrero de 2003, No. D-4111 en 14 (CL-187).

³⁵⁵ Acuerdo de Promoción Comercial, Anexo 10-G (CL-001).

acción de tutela) pueden constituir una elección definitiva y dar lugar a una elección en base a la cláusula de bifurcación de vías.³⁵⁶

186. En este caso, los propios actos de Colombia obligaron a las Demandantes a interponer *esa* Primera Acción de Tutela porque no tuvieron otra alternativa razonable para intentar preservar sus derechos en virtud del derecho colombiano. La propia Constitución de Colombia lo deja en claro, al establecer que —*por definición*— las acciones de tutela se pueden conceder “solo cuando la parte afectada no tiene acceso a otros medios de defensa judicial.”³⁵⁷ Específicamente, las Demandantes interpusieron esta Primera Acción de Tutela solo después de que la CGR emitiera un auto de imputación de responsabilidad fiscal que declaró a las Demandantes (entre otros) conjunta y solidariamente responsables por más de USD 2.000 millones.³⁵⁸ En virtud del derecho colombiano, una acción de tutela se puede denegar posteriormente si no se interpone “de inmediato.”³⁵⁹ La Primera Acción de Tutela solicitó medidas cautelares para evitar daños irreparables que podrían haberse producido.³⁶⁰

187. Varios tribunales han afirmado que una cláusula de bifurcación de vías no puede ser aplicable a acciones defensivas locales interpuestas para preservar los derechos de las Demandantes:

- El tribunal en *Occidental contra Ecuador* afirmó que el mecanismo de la bifurcación de vías, tal como lo expresa su definición, supone que el inversor ha elegido entre vías alternativas . . . la elección [debe] ser completamente libre y no bajo forma alguna de coacción. . . . El Derecho Tributario ecuatoriano obliga al contribuyente a acudir a los tribunales en un plazo de tan solo veinte días. . . [o], caso contrario, la decisión queda firme y es vinculante. El Tribunal es de la opinión de que, en este caso, el inversor no tuvo verdadera opción. Incluso, de haber sometido la controversia al arbitraje de manera instantánea, lo que no es tan sencillo de hacer, la protección de su derecho a

³⁵⁶ *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶ 1341, (CL-005).

³⁵⁷ Constitución Política de Colombia, Art. 86 (CL-004).

³⁵⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 128, 136.

³⁵⁹ Véase Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 136 y nota al pie 283. Véase también Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-108 de 2018 (CL-188) (donde se afirma que existe el “deber de interponer este recurso judicial en un plazo justo y oportuno” debido a que la naturaleza de una acción de tutela “constituye una respuesta urgente e inmediata ante una violación o amenaza a los derechos fundamentales.”)

³⁶⁰ Acción de Tutela No. 2018-00182 interpuesta por Foster Wheeler y Process Consultants contra la CGR, 14 de septiembre de 2021, (R-69); Corte Constitucional, Sentencia SU-108 de 2018 (CL-188); Corte Constitucional, Sentencia T-328 de 2010 (CL-189).

oponerse a la decisión adversa de la [autoridad fiscal local] se habría perdido si la presentación ante los tribunales locales no se hubiera realizado dentro del período contemplado por el Código Fiscal.”³⁶¹

- El Tribunal en *Chevron contra Ecuador* afirmó que “la defensa ante un reclamo en los tribunales nacionales, no obstante, no puede describirse propiamente como el sometimiento de una controversia para su resolución en dichos tribunales. El concepto de ‘sometimiento’ de una controversia connota una elección y una decisión voluntaria de remitirla al tribunal para su resolución: de acuerdo con el significado habitual del término, no comprende el planteo de una defensa al reclamo de otra parte presentada en dicho tribunal.”³⁶²
- El tribunal en *Enron contra Argentina* afirmó que “las acciones interpuestas por [la demandante] han sido mayormente de carácter defensivo a fin de oponerse a las medidas fiscales impuestas, y que tal decisión fue ordenada por ENARGAS, el organismo encargado de la regulación del sector gasífero. Por lo tanto, las condiciones para la aplicación del principio *electa una via* o bifurcación de vías simplemente no están presentes.”³⁶³

188. El profesor Schreuer, a quien Colombia cita repetidamente como una fuente jurídica “reconocida”,³⁶⁴ ha aclarado lo siguiente:

Pensar en *cualquier* posibilidad de utilización de los tribunales judiciales o administrativos como una elección en virtud de la cláusula de bifurcación de vías pondría al inversor en una posición inaceptable. El inversor tendría que permanecer impasible y soportar cualquier forma de injusticia so pena de perder la posibilidad de acceder a un procedimiento de arbitraje internacional. . . el inversor no tendría ningún medio de ejercer su derecho hasta que la situación se deteriorara a tal punto que pudiera caracterizarse como un incumplimiento del TBI, y por lo tanto, abriría el camino para someterse al arbitraje internacional. Tal interpretación no sería del interés del inversor ni del Estado anfitrión. *De ahí que acciones jurídicas para fines limitados, en particular las instancias defensivas para responder a una acción administrativa, no pueden*

³⁶¹ *Occidental Exploration & Production Co. contra República de Ecuador*, Caso CIADI No. UN3467, Laudo Definitivo, 1 de julio de 2004, ¶¶ 60-61 (CL-190).

³⁶² *Chevron Corp. contra República de Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Tercer Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 27 de febrero de 2012 ¶ 4.82 (CL-191).

³⁶³ *Enron Corp., et contra República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, ¶ 98 (CL-192).

³⁶⁴ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 269 y n. 536, 285 y nota al pie 570, 304 (donde se hace referencia a su “reconocido tratado”), 308.

*ser equivalentes a someter 'la controversia' a los tribunales judiciales o administrativos del Estado anfitrión.*³⁶⁵

189. Como resultado, la Acción de Tutela no puede constituir una elección a los fines del Artículo 10.18.4 y del Anexo 10-G.³⁶⁶ En efecto, de no haberse interpuesto la Acción de Tutela, Colombia argumentaría ahora, con toda probabilidad, que las Demandantes no habrían cumplido con la obligación de agotar los recursos locales y exigiría que, por tal motivo, se desestimara el reclamo por denegación de justicia.

190. Incluso si el tribunal considerare que la Primera Acción de Tutela no revistió carácter defensivo o reactivo, no obstante, *aun así* no daría lugar a la cláusula de bifurcación de vías porque no cumple con el “test” de la triple identidad que un tribunal requiere “para evaluar si el mismo reclamo se ‘bifurcó,’ *es decir*, que un reclamo con el mismo objeto, [las mismas] partes y [los mismos] antecedentes que justifican la acción ya se haya presentado ante otro foro judicial.”³⁶⁷ La Primera Acción de Tutela no cumple con estas tres dimensiones.

191. *En primer lugar*, la reparación procurada por las Demandantes en su Solicitud es diferente. En este arbitraje, las Demandantes solicitan una indemnización por daños pecuniarios y daños a su reputación, todos los gastos y los honorarios por asesoramiento jurídico incurridos por las partes para su defensa ante los cargos imputados por la CGR, las costas del arbitraje y de

³⁶⁵ Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 9(2) *Offprints of The Journal of World Investment & Trade*, 241, 249 (2004) (CL-193) (énfasis añadido). Véase también *CMS contra Argentina*, Decisión del Tribunal sobre Objeciones a la Jurisdicción, ¶¶ 78, 81 (CL-055) (donde se observa que la entidad local solo llevó a cabo “acciones defensivas y reactivas” y por lo tanto la Demandada no realizó “una elección vinculante”).

³⁶⁶ Las dos disposiciones contienen lenguaje similar respecto de la bifurcación de vías. *Compárese* Acuerdo de Promoción Comercial, Art. 10.18.4 (“(a) Ningún reclamo puese ser sometido a arbitraje . . . si la demandante (por reclamos iniciados según el Artículo 10.16.1(a)) o la demandante o la empresa (por reclamos iniciados según el Artículo 10.16.1(b)) ha sometido previamente el mismo incumplimiento alegado ante un tribunal administrativo o judicial de la demandada, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante. (b) Para mayor certeza, si la demandante elige someter un reclamo del tipo descrito en el subpárrafo (a) ante un tribunal administrativo o judicial de la demandada, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante, esa elección será definitiva, y la demandante no podrá, a partir de ese momento, someter el reclamo a arbitraje de conformidad con la Sección B.”), *con el Anexo 10-G* (“1. Un inversor de los Estados Unidos no puede someter a arbitraje según la Sección B un reclamo de que una Parte ha incumplido una obligación según la Sección A . . . si el inversor o la empresa, respectivamente, ha alegado el incumplimiento de una obligación según la Sección A en un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo de dicha Parte. 2. Para mayor certeza, si un inversor de los Estados Unidos elige someter un reclamo del tipo descrito en el párrafo 1 a un tribunal o administrativo de una Parte distinta a los Estados Unidos, dicha elección será definitiva y a partir de ese momento el inversor no podrá someter el reclamo a arbitraje según la Sección B.”) (CL-001).

³⁶⁷ *Toto Costruzioni Generali S.p.A. contra República Libanesa*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2009, ¶ 211 (CL-194).

otros procedimientos, entre ellos, todos los honorarios y desembolsos por asesoramiento jurídico, y los intereses.³⁶⁸ Por el contrario, las Demandantes no solicitaron dicha reparación al sistema judicial colombiano, ni habrían podido incluso si hubiesen querido hacerlo: las acciones de tutela, salvo en circunstancias excepcionales, no pueden interponerse para reclamar daños pecuniarios.³⁶⁹ Por lo tanto, el objeto de las dos acciones es diferente.

192. *En segundo lugar*, las partes son diferentes. En este arbitraje, las partes son FPJVC y Colombia, mientras que en la Primera Acción de Tutela las partes son FPJVC y la CGR, entre otros.

193. *En tercer lugar*, los antecedentes que justifican la acción son necesariamente diferentes, en tanto el tribunal colombiano no está facultado para entender en reclamos que surjan en virtud del derecho internacional según el Acuerdo de Promoción Comercial, así como este Tribunal no está facultado para entender en reclamos presentados en virtud del Código Civil Colombiano.³⁷⁰ Colombia afirma que las Demandantes “alegaron que se violó el debido proceso,” y que una violación del debido proceso “no solo es un principio constitucional en virtud del derecho colombiano, sino que también forma parte de la cláusula de TJE en virtud del Tratado.”³⁷¹ Colombia en ninguna parte afirma, sin embargo, que *los antecedentes que justifican la acción* son los mismos en ambos procedimientos; solo alega que las Demandantes mencionaron (y Colombia está de acuerdo con esto) que el debido proceso según estándares internacionales es compatible con “los principios constitucionales que se invocan” en la Primera Acción de Tutela.³⁷² Colombia no puede negar que los reclamos en virtud de la Constitución colombiana son fundamentalmente

³⁶⁸ Solicitud, ¶ 216.

³⁶⁹ Véase Constitución Política de Colombia, Artículo 86 (CL-004); Decreto 2591 de 1991, Artículo 25 (CL-195). La Acción de Tutela se interpuso para obtener una decisión que pusiera fin al procedimiento de responsabilidad fiscal vis-à-vis con las Demandantes, o, alternativamente, para obtener una suspensión hasta

Véase Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 14 de septiembre de 2021 (R-69).

³⁷⁰ Véase *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A.S. Baltoil contra República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001, ¶ 332 (CL-196) (donde se afirma que, si bien determinados aspectos de los hechos que dieron origen a la controversia fueron objeto de un litigio interno que solo podía dirimirse allí, la controversia acerca de la inversión no fue objeto de un litigio interno y por lo tanto la demandante no estaba impedida de recurrir al mecanismo de arbitraje del CIADI).

³⁷¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 325.

³⁷² *Id.*, ¶ 324.

diferentes de los reclamos según el Acuerdo de Promoción Comercial.³⁷³ “La referencia al pasar” “al TBI y a la Convención del CIADI” no fue una “declaración equiparable a una elección” de un foro u otro y “[c]laramente el reclamo local no dio lugar al sometimiento de la controversia según el TBI a los tribunales [colombianos].”³⁷⁴

194. Por estas razones, la acción de Tutela y este arbitraje no aprueban el “test” de la triple identidad.

195. , Colombia ni siquiera aborda el tema del “test” de la triple identidad o el menos exigente “test” de la base fundamental del reclamo, que se centra en la identidad del objeto del reclamo.³⁷⁵ Sin embargo, se debe tener en cuenta, en aras de la exhaustividad, que el resultado del “test” de la base fundamental debería ser el mismo.

196. Como explicó un tribunal, el objetivo del “test” de la base fundamental “es asegurar que un reclamo no se presente ante foros diferentes.”³⁷⁶ Irónicamente, en este caso, es atribuible a Colombia toda la responsabilidad de que las Demandantes ya se hayan visto arrastradas a foros

³⁷³ La Corte Constitucional de Colombia afirmó que los tratados de inversión no regulan los derechos constitucionales fundamentales. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252/19, 6 de junio de 2019, No. LAT-445, en 42 (CL-206). Como resultado, el Acuerdo de Promoción Comercial no puede y no proporciona ningún derecho que pudiere considerarse como tal en virtud del derecho colombiano y, por lo tanto, ningún derecho que pudiere estar comprendido dentro del alcance de la acción de Tutela.

³⁷⁴ *Pan-American Energy contra Argentina*, Decisión sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 152, 157 (RL-174) (“Los antecedentes que justifican la acción también son diferentes. El reclamo local no se basa en un supuesto incumplimiento del TBI, a pesar de que se hizo una referencia al pasar al TBI.”).

³⁷⁵ Véase *H&H Enterprises Investments, Inc contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, Laudo, 6 de mayo de 2014, ¶ 367 (CL-197) (donde se explica que “lo que se debe considerar [en el “test” de la base fundamental] son los hechos que fundamentan el reclamo y no si las partes son exactamente las mismas”). Colombia cita sin demasiado énfasis una fuente jurídica en una nota a pie de página para argumentar que un “tribunal que interpreta una disposición [de renuncia] no necesita aplicar el llamado “test” de la triple identidad”, sin embargo, no proporciona ningún análisis. Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 341 y nota al pie 664.

³⁷⁶ *H&H Enterprises Investments, Inc contra Egipto*, Caso CIADI No. ARB/09/15, La Decisión del Tribunal sobre las Objeciones a la Jurisdicción de la Demandada, 5 de junio de 2012, ¶ 367 (CL-198). Nótese, sin embargo, que el “test” de la base fundamental tiene sus detractores. Véase, por ejemplo, *Khan Resources Inc. contra Estado de Mongolia*, Decisión sobre Jurisdicción), Caso CPA No. 2011-09, 25 de julio de 2012, ¶ 391 (CL-199) (“Las Demandadas argumentan principalmente que . . . no es realista esperar que las tres dimensiones del “test” [de la triple identidad] estén presentes. En primer lugar, porque la prueba para la aplicación de las cláusulas de bifurcación de vías no debería ser demasiado sencilla de cumplir, ya que esto podría tener un efecto desalentador en el sometimiento de reclamos por parte de los inversores a los foros nacionales, incluso cuando los hechos en cuestión claramente estuvieran dentro del alcance del derecho local. Esto podría ocasionar que se presentaran reclamos a un arbitraje internacional antes de que se hubiera madurado sobre el fondo, simplemente por el temor del inversor a que el hecho de someter un reclamo existente a una corte judicial o tribunal local implique la renuncia a su derecho de presentar cualquier reclamo en relación con la misma inversión ante un tribunal arbitral más adelante.”).

diferentes. Colombia inició dos procedimientos distintos contra las Demandantes a través de la CGR, solicitó un arbitraje internacional separado contra CB&I en relación con el mismo tema, y, además, *otro* arbitraje internacional contra las Demandantes solicitado el corriente año.

197. En suma, la objeción de Colombia debe ser rechazada; en palabras del profesor Schreuer: “cualquier otra interpretación llevaría a la conclusión insostenible de que, si el TBI incluyera una cláusula de bifurcación de vías, las garantías de reparaciones nacionales efectivas serían trampas ideadas para atraer a un inversor hacia los procedimientos nacionales, con la consecuencia de que se cerraría definitivamente la posibilidad de recurrir a un arbitraje interno, fuera cual fuese el resultado del procedimiento nacional.”³⁷⁷

E. La Renuncia de la Demandada es Válida en virtud del Acuerdo de Promoción Comercial

198. Colombia reformula su argumentación de la bifurcación de vías para afirmar que “Las Demandantes no renunciaron efectivamente a su derecho de iniciar o continuar procedimientos con respecto a la medida que alegan que constituye un incumplimiento de las obligaciones sustantivas en virtud del Tratado.”³⁷⁸ Este argumento también es erróneo. Los tribunales del CIADI han rechazado tales argumentos de “renuncia” esgrimidos por Colombia con anterioridad.³⁷⁹

199. El Artículo 10.18.2(b) del Acuerdo de Promoción Comercial establece que los reclamos que se sometan a un arbitraje deben “ir acompañados de . . . la renuncia por escrito de la demandante . . . de cualquier derecho de iniciar o continuar ante un tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes . . . cualquier procedimiento respecto de cualquier medida que se alegue que ha constituido un incumplimiento a los que se refiere el Artículo 10.16.”³⁸⁰ Colombia afirma sin reparos que “[e]l claro objetivo de esta condición es evitar que el mismo reclamo sea escuchado simultáneamente por varios tribunales locales e

³⁷⁷ Schreuer, *supra* nota al pie 365, pág. 249 (CL-193).

³⁷⁸ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 329.

³⁷⁹ Véase *Eco Oro Minerals Corp. contra República de Colombia*, Resolución Procesal No. 2, Decisión sobre Bifurcación, 28 de junio de 2018 (donde se rechazó la solicitud de Colombia para entender sobre objeciones a la jurisdicción como cuestión preliminar, entre ellas, la renuncia y otras objeciones a las condiciones previas.) (CL-051).

³⁸⁰ Acuerdo de Promoción Comercial, Artículo 10.18.2(b) (CL-001); véase también Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 330.

internacionales,”³⁸¹o, en palabras de un Tribunal, “los requisitos de consentimiento y renuncia . . . sirven a un propósito específico: evitar que una parte procure reparaciones locales e internacionales concurrentes, que podrían dar lugar a resultados contradictorios (y por lo tanto a inseguridad jurídica) o a una doble reparación por el mismo comportamiento o medida.”³⁸²

200. Como cuestión inicial, el argumento de renuncia de Colombia debería desestimarse porque es la Demandada (y no las Demandantes) quien instituyó múltiples procedimientos paralelos. No se debería permitir a una parte invocar disposiciones del Acuerdo de Promoción Comercial a los fines de evitar procedimientos paralelos o presuntamente repetitivos cuando es precisamente dicha parte la causante de ese caos procesal.

201. Lo que es más importante, el argumento de Colombia le exige al tribunal que ignore el Artículo 10.18.3, el cual establece expresamente lo siguiente:

[s]in perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2(b), la demandante... puede iniciar o continuar una acción en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, y que no implique el pago de daños pecuniarios ante un tribunal judicial o administrativo de la demandada, siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los ... derechos e intereses de la demandante durante el período de la tramitación del arbitraje.

202. Conforme lo expuesto en los párrafos 81-85 *supra*, las acciones de tutela interpuestas por las Demandadas se ajustan plenamente a esta excepción.

203. En efecto, ninguna de las autoridades de Colombia apoya el argumento extraordinario de que una solicitud de arbitraje debe ir acompañada de una renuncia a cualquier derecho a la defensa.

204. La gran dependencia de Colombia del caso *Renco contra Perú* limita a una nota a pie de página los términos dispositivos de la renuncia ineficaz de la demandada en dicho caso.³⁸³ A diferencia de este caso, la demandante en *Renco* intentó (en vano) establecer que “[e]n la medida

³⁸¹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 331

³⁸² *Railroad Development Corporation contra Guatemala*, Decisión sobre Objeción a la Jurisdicción conforme al Artículo 10.20.5 del CAFTA, 17 de noviembre de 2008, ¶ 72 (RL-224).

³⁸³ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶¶ 332-334 y nota al pie 651.

que el Tribunal no admita la consideración de algún reclamo formulado en la presente en base a la jurisdicción o admisibilidad, las Demandantes se reservan el derecho de *interponer tales reclamos ante otro foro para su solución en base al fondo.*”³⁸⁴ Resulta evidente que la reserva del derecho de la demandante de interponer una acción ofensiva en un foro indeterminado *luego de* la resolución del arbitraje internacional es completamente diferente de la reserva de derechos que se plantea en este caso. Para mayor seguridad, *ninguno* de los arbitrajes citados por Colombia implican una renuncia que reserve al demandante el derecho a la defensa.³⁸⁵ Como tal, la Demandada no señala ninguna conducta de las Demandantes que indique que de alguna manera no aseguraron “materialmente . . . que no se ‘iniciara’ o ‘continuara ningún otro procedimiento judicial.’”³⁸⁶

205. Como también se explicó supra,³⁸⁷ exigir una renuncia desmedida al derecho a la defensa sería injusto, puesto que “[e]l inversor tendría que permanecer impasible y soportar cualquier forma de injusticia so pena de perder la posibilidad de acceder a un procedimiento de arbitraje internacional.”³⁸⁸

206. Colombia desmiente aún más su argumento al afirmar que se les exige a las Demandantes “que abandonen todos los procedimientos.”³⁸⁹ Pero, no fueron las Demandantes sino Colombia quien dio inicio a dichos procedimientos. La reserva al derecho a la defensa necesariamente hace referencia a los procedimientos iniciados por Colombia en los cuales las

³⁸⁴ *The Renco Group Inc. contra República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1 (Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y EE.UU.), Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (“*Renco*”), ¶ 58 (RL-218) (énfasis añadido).

³⁸⁵ Véase *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (TLCAN), Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000, ¶ 27 (RL-221) (“Esta renuncia no aplica, sin embargo, a cualquier procedimiento de solución de controversias que implique alegaciones de que la Demandada incumplió con los deberes impuestos por otras fuentes del derecho, entre las que se incluye la legislación municipal de México,” y reserva el derecho de los demandantes a interponer reclamos completamente nuevos en virtud de otras fuentes del derecho); *Detroit International Bridge Co. contra Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-25 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015, ¶¶ 54, 67, 70 (RL-222) (tres renunciaciones que “no se interpretarán como la incorporación de cualquier reclamo que se incluya en” acciones civiles específicas que la Demandante presentó ofensivamente).

³⁸⁶ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 335.

³⁸⁷ Véase ¶¶ 184, 186-188 *supra*.

³⁸⁸ Schreuer, *supra* nota al pie 365, 249 (CL-193).

³⁸⁹ Memorial sobre Objeciones Preliminares, ¶ 341.

Demandantes se vieron forzadas a defenderse. Si Colombia tuviera la intención de dejar sin efecto todos los procedimientos colombianos, ciertamente las Demandantes no se opondrían.

VIII. SE DEBERÍA CONDENAR A COLOMBIA AL PAGO DE TODOS LOS GASTOS Y LOS HONORARIOS INCURRIDOS POR LAS DEMANDANTES PARA OPONERSE A SUS OBJECIONES PRELIMINARES FRÍVOLAS

207. El Artículo 10.20.6 del Acuerdo de Promoción Comercial faculta al Tribunal para conceder a la parte vencedora gastos y honorarios por asesoramiento jurídico razonables incurridos para oponerse a la objeción. Al determinar si esto se justifica, el Tribunal considerará “si las objeciones de la demandada fueron frívolas . . . De igual manera, el tribunal podrá emitir un laudo que conceda honorarios por asesoramiento jurídico de forma parcial en caso de que considere a un reclamo o a una objeción parcialmente frívolos.”³⁹⁰ Como se detalla en este Memorial de Contestación, el Memorial de Colombia está plagado de objeciones que carecen de sustento o abiertamente ignoran principios jurídicos establecidos, mientras que otras se basan en caracterizaciones erróneas de los hechos. Lo que es más importante, los reclamos de Colombia se basan en cuestiones controvertidas de hecho, que nunca pueden ser la base de las objeciones preliminares.

208. Sin embargo, Colombia intentó que sus objeciones fueran consideradas cuestiones preliminares si bien, como se explicó en numerosas instancias supra, dichas objeciones fueron rechazadas repetidamente, incluso en arbitrajes en los que Colombia fue una de las partes. En los otros arbitrajes, Colombia no logra sustentarlos, caracteriza erróneamente las conclusiones de las fuentes o malinterpreta el reclamo de las Demandantes a fin de construir un argumento al cual las autoridades puedan prestar apoyo. Por esta única razón, las Demandantes deberían recuperar todos los gastos en que incurrieron, incluidos los honorarios por asesoramiento jurídico en su totalidad o al menos de forma parcial en función de aquellas objeciones que el Tribunal considere frívolas.

209. La recuperación de los honorarios por asesoramiento jurídico y gastos incurridos en oponerse a las objeciones preliminares de Colombia también promovería los objetivos del Artículo 10.20.6 del Acuerdo de Promoción Comercial. El fin de dicho Artículo es “desincentivar

³⁹⁰ K. Vandeveld, U.S. International Investment Treaties (Oxford 2009), en 609 (RL-121).

que se recurra de forma rutinaria” al mecanismo de las cuestiones preliminares.³⁹¹ Expresado de otro modo, “[una] posible salvaguarda contra el abuso de las objeciones preliminares según el Artículo 10.20, párrafos 4 y 5, puede encontrarse en la disposición sobre los gastos presente en el Artículo 10.20.6.”³⁹²

210. Tal desincentivo resulta particularmente apropiado en este caso porque Colombia ha intentado sistemáticamente recurrir a las objeciones preliminares y a otros mecanismos dispositivos similares. Colombia es parte en 17 arbitrajes presentados ante el CIADI en su contra, de los cuales tres se encuentran en la etapa preliminar.³⁹³ Solo en tres arbitrajes Colombia no presentó objeciones preliminares ni procuró la bifurcación de vías de los procedimientos.³⁹⁴ Por el contrario, Colombia presentó objeciones preliminares o solicitó que se tratara a la jurisdicción como una cuestión preliminar en los once casos de arbitraje ante el CIADI restantes en los cuales es una parte demandada.³⁹⁵

³⁹¹ Vandeveldel, *supra* nota al pie 390, en 609.

³⁹² Michele Potestà & Marija Sobat, *Frivolous in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, 3 J. Int. Disp. Res. 137, 1 de febrero de 2012, pág. 23, n.173 (CL-200).

³⁹³ En dos casos el tribunal no se constituyó. Véase *Anglo American plc contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/21/31) y *Glencore International A.G. contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/21/30). Los procedimientos en los otros dos casos se encuentran en una etapa temprana. En *Neustar, Inc. contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/20/7) solo se emitió la Resolución Procesal No. 1 y dicha resolución no se encuentra disponible públicamente. Véase CIADI, *Detalles del Caso*, <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/7> (C-015).

³⁹⁴ Los casos son los siguientes: *Naturgy Energy Group S.A. and Naturgy Electricidad Colombia, S.L. (formerly Gas Natural SDG, S.A. and Gas Natural Fenosa Electricidad Colombia, S.L.) contra República de Colombia* (Caso CIADI No. UNCT/18/1); *Angel Samuel Seda et. al. contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/19/6); *South32 SA Investments Limited contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/20/9).

³⁹⁵ Resp. Carta al Tribunal, 24 de agosto de 2020 (donde se solicita presentar objeciones preliminares); *América Móvil S.A.B. de C.V. contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/5, Laudo, 7 de mayo de 2021, ¶¶ 21-23, 502(i) (CL-201) (donde se denegó la solicitud de bifurcación y se rechazaron las objeciones a la jurisdicción); *Glencore*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, ¶¶ 20-22, 1687(1) (CL-005) (donde se desestimó la solicitud de bifurcación y también la mayoría de las objeciones a la jurisdicción de Colombia); *Eco Oro contra Colombia*, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Directivas sobre el Quantum, ¶¶ 23-26, 920(1) (CL-050) (donde se denegó la solicitud de bifurcación por parte de Colombia y la cuestión de fondo y se rechazaron las objeciones preliminares presentadas por Colombia); *Astrida Benita Carrizosa contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/5, Resolución Procesal No. 1, 19 de febrero de 2019, en el Anexo A (jurisdicción bifurcada) (CL-202); *Red Eagle Exploration Limited contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/12, Decisión sobre Bifurcación, 3 de agosto de 2020 (donde se rechazó la solicitud de bifurcación de Colombia) (CL-203); *Gran Colombia Gold Corp. contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/23, Resolución Procesal No. 3, 17 de enero de 2020 (CL-204) (donde se denegó la solicitud de bifurcación de Colombia respecto de la objeción A, pero se hizo lugar a la solicitud de bifurcación de la objeción B); *Gran Colombia Gold Corp. contra República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/23, Decisión sobre la Cuestión de la Bifurcación Jurisdiccional, 23 de noviembre de 2020 (CL-205) (donde se desestimó la objeción respecto de la

211. La mayoría de estas solicitudes fracasaron.³⁹⁶ Específicamente en relación con las objeciones preliminares, como las presentadas en este Memorial, Colombia ha perdido en las tres instancias anteriores.³⁹⁷ Aun así, Colombia permanece impertérrita y continúa con la presentación de objeciones preliminares frívolas, lo que ocasiona retrasos y aumento de gastos. La disposición inherente a la imposición de las costas procesales del Acuerdo de Promoción Comercial se creó para estas circunstancias exactas y se diseñó para desalentarlas.

212. Por consiguiente, las Demandantes solicitan respetuosamente al Tribunal el pago de todos los gastos y los honorarios por asesoramiento jurídico incurridos por las Demandantes para oponerse a las Objeciones Preliminares de la Demandada.

IX. PETICIÓN DE REPARACIÓN

213. Por todos los motivos que se detallaron supra, las Demandantes solicitan respetuosamente al Tribunal que:

- a. Se desestimen las Objeciones Preliminares de Colombia en su totalidad;
- b. Se otorgue a las Demandantes todos los honorarios por asesoramiento jurídico y los gastos relacionados con las Objeciones Preliminares de Colombia; y

Bifurcación Jurisdiccional de la Demandada y se admitió una demanda adicional). Véase también L. Bohmer, *Colombia Round-Up: An Update on 12 Treaty-Based Disputes Against the State*, IA Reporter, 28 de febrero de 2020, <https://www.iareporter.com/articles/colombia-round-up-an-update-on-treaty-based-disputes-against-the-state> (C-016) (donde se cita que los tribunales también denegaron la solicitud de bifurcación de Colombia en *Telefónica, S.A. contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/18/3) y en *Galway Gold Inc. contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/18/13)); CIADI, *Decisiones sobre la Falta Manifiesta de Mérito Jurídico*, <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit> (visitado Oct. 4, 2021) (C-017) (donde se citó que las objeciones de Colombia en *Glencore International A.G. y otros contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/19/22) fueron rechazadas); CIADI, *Detalles del Caso: AFC Investment Solutions S.L. contra República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/20/16), <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/16> (visitado el 4 de octubre de 2021) (C-018) (donde se citó que el Tribunal celebró una audiencia sobre las Objeciones Preliminares de la Demandada el 3 de junio de 2021).

³⁹⁶ Véase nota al pie 395 supra.

³⁹⁷ Véase *Gran Colombia*, Decisión sobre Bifurcación Jurisdiccional (CL-205) (donde se desestimaron las objeciones a la bifurcación jurisdiccional de la Demandada y se admitió una demanda adicional); CIADI, *Decisiones sobre la Falta Manifiesta de Mérito Jurídico*, <https://icsid.worldbank.org/cases/content/tables-of-decisions/manifest-lack-of-legal-merit> (visitado el 4 de octubre de 2021) (C-019).

- c. Se otorgue cualquier otra reparación que el Tribunal considere justa y adecuada.

Fecha: 14 de octubre de 2021

Respetuosamente presentado,

PILLSBURY WINTHROP SHAW PITTMAN SRL

Por: Robert L. Sills
Robert L. Sills
Ari M. Berman
31 West 52nd Street
Nueva York, Nueva York 10019
Tel: +1 (212) 858-1000
robert.sills@pillsburylaw.com
ari.berman@pillsburylaw.com

Por: Charles C. Conrad
Charles C. Conrad
Richard D. Deutsch
Two Houston Center
909 Fannin, Suite 2000
Houston, TX 77010
Tel: +1 (713) 276-7600
charles.conrad@pillsburylaw.com
richard.deutsch@pillsburylaw.com

Abogados de las Demandantes