

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

En el procedimiento de anulación entre

GLENCORE INTERNATIONAL AG Y CI PRODECO SA
(Demandantes / Demandadas en Anulación)

-c.-

LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
(Demandada / Solicitante en Anulación)

CASO CIADI No. ARB/16/6

DECISIÓN SOBRE ANULACIÓN

Miembros del Comité ad hoc

Sir Christopher Greenwood, GBE, CMG, QC, *Presidente*
Sra. Bertha Cooper-Rousseau, Miembro del Comité *ad hoc*
Profesor Doug Jones, AO, Miembro del Comité *ad hoc*

Secretaria del Comité ad hoc

Sra. Alicia Martín Blanco

Asistente del Presidente

Sra. Rosalind Elphick

Fecha de envío a las Partes: 22 de septiembre de 2021

REPRESENTACIÓN DE LAS PARTES

*En representación de Glencore International
A.G. y C.I. Prodeco S.A.:*

Sr. Nigel Blackaby QC
Sra. Caroline Richard
Sra. Jessica Moscoso
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
700 13th Street NW
10th Floor
Washington, D.C. 20005-3960
EE. UU.

Sr. Elliot Friedman
Sra. Paige von Mehren
Sra. Elvira Sihvola
Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
601 Lexington Avenue, 31st Floor
Nueva York, NY 10022
EE. UU.

Sr. Gustavo Topalian
Dechamps International Law
Juncal 802 6° N
Buenos Aires - C1062ABF
Argentina

Sr. José Manuel Álvarez
Álvarez Zárate & Asociados
Calle 82 No. 11-37 Of 501
Bogotá D.C.
Colombia

*En representación de la República de
Colombia:*

Dr. Camilo Gómez Alzate
Sra. Ana María Ordóñez Puentes
Sra. Elizabeth Prado López
Agencia Nacional de Defensa Jurídica del
Estado
Carrera 7 No. 75-66, pisos 2 y 3
Bogotá D.C.
Colombia

Professor Eduardo Silva Romero
Sr. José Manuel García Represa
Sra. Audrey Caminades
Dechert (Paris) LLP
32 rue de Monceau
París, 75008
Francia

Sr. Amir Ardelan Farhadi
Dechert LLP
1900 K Street, NW
Washington, D.C. 20006
EE. UU.

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN Y PARTES	1
II.	ANTECEDENTES PROCESALES	2
III.	LOS ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD	7
	A. Síntesis de los Antecedentes de Hecho	7
	(1) El Contrato Minero	7
	(2) El Otrosí No. 8	10
	(a) Inicio de las Negociaciones	10
	(b) La Diferencia en la Fijación de Precios.....	10
	(c) La Mina La Jagua y el Contrato Tres Hectáreas	11
	(d) La Suscripción del Otrosí No. 8	14
	(3) El Proceso de la Contraloría	15
	B. La Reclamación de Glencore ante el Tribunal y la Respuesta de Colombia.....	17
	C. Las Decisiones del Tribunal Relativas a la Exhibición y Exclusión de los Documentos	19
	(1) Primer Intento de Colombia de Introducir en el Expediente Documentos Confiscados a Glencore y Prodeco	19
	(2) La Resolución Procesal No. 2 (4 de noviembre de 2017).....	22
	(3) Las Medidas Adoptadas por las Partes tras la Resolución Procesal No. 2	28
	(4) Resolución Procesal No. 4 (24 de abril de 2018).....	35
	(5) Desarrollos Posteriores a la Resolución Procesal No. 4	39
	(a) La Reclamación de Privilegio	39
	(b) Los Documentos de la FGN	42
	(6) La Carta del Tribunal de 18 de Mayo de 2018 y la Resolución Procesal No. 6 ...	44
	(7) El Documento R-100	47
	D. El Laudo	51
	(1) El Pago al Sr. Maldonado y al Sr. García	57
	(2) El Hecho de que el Sr. Maldonado Fuera Exempleado de Minercol y Carbocol .	58
	(3) La Oportunidad de los Pagos	58
	(4) El Supuesto Ocultamiento de la Transacción	58
	(5) La Supuesta Circunscripción del Conocimiento del Pago a la Alta Gerencia.....	59
	(6) La Desestimación de la Normativa Regulatoria	59
	(7) El Destino de los Pagos.....	59

IV.	LAS CAUSALES DE ANULACIÓN	62
	(1) La Cuestión de los Documentos	64
	(2) La Cuestión de Ilegalidad	65
V.	EL ESTÁNDAR DE ANULACIÓN	65
	A. Las Posiciones de las Partes	65
	(1) Colombia.....	66
	(2) Glencore y Prodeco.....	69
	B. El Análisis del Comité.....	71
	(1) La Naturaleza de la Anulación y las Facultades del Comité Ad Hoc.....	71
	(2) Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento	74
	(3) Extralimitación Manifiesta de Facultades.....	77
	(4) Falta de Expresión de Motivos	80
VI.	LA CUESTIÓN DE LOS DOCUMENTOS.....	83
	A. Las Posiciones de las Partes	83
	(1) Colombia.....	83
	(a) Resolución Procesal No. 2.....	83
	(b) Resolución Procesal No. 4.....	88
	(c) Resolución Procesal No. 6.....	93
	(2) Glencore y Prodeco.....	96
	(a) Resolución Procesal No. 2.....	96
	(b) Resolución Procesal No. 4.....	103
	(c) Resolución Procesal No. 6.....	106
	B. El Análisis del Comité.....	108
	(1) Observaciones Generales	108
	(2) Resolución Procesal No. 2: La Decisión Inicial de Excluir los Documentos Obtenidos por la SIC.....	110
	(3) Resolución Procesal No. 4 y sus Consecuencias: La Decisión del Tribunal sobre Privilegios y su Aplicación	118
	(a) La Decisión de que las Comunicaciones con Abogados Internos deben ser Tratadas de la Misma Forma que Aquellas con Abogados Externos	118
	(b) La Decisión del Tribunal de No Admitir los Documentos del Anexo A	124
	(4) Resolución Procesal No. 6: la Exclusión de los Documentos de la FGN.....	134
	(5) El Efecto Acumulativo de las Decisiones del Tribunal respecto de los Documentos	135

VII. LA CUESTIÓN DE LA ILEGALIDAD	137
A. Las Posiciones de las Partes	137
(1) Colombia.....	137
(2) Glencore y Prodeco.....	141
B. El Análisis del Comité.....	142
VIII. COSTAS	147
IX. PARTE DISPOSITIVA	150

TABLA DE ABREVIATURAS SELECCIONADAS Y TÉRMINOS DEFINIDOS

AAE-[#]	Anexo Documental de la Solicitante
AAL-[#]	Autoridad Legal de la Solicitante
Memorial de Contestación en Anulación	Memorial de Contestación de las Demandadas en Anulación de fecha 12 de junio de 2020
Audiencia de Anulación	Audiencia de Anulación celebrada el 6 de noviembre de 2020
Memorial de Anulación	Memorial de Anulación de la Solicitante de fecha 10 de abril de 2020
Dúplica en Anulación	Dúplica de las Demandadas en Anulación de fecha 9 de octubre de 2020
Réplica en Anulación	Réplica de la Solicitante de fecha 7 de agosto de 2020
Declaración de Costos de la Solicitante	Declaración de Costos de la Solicitante de fecha 24 de noviembre de 2020
Declaración de Costos de las Demandadas	Declaración de Costos de las Demandadas en Anulación de fecha 24 de noviembre de 2020
Solicitante	República de Colombia
Solicitud	Solicitud de Anulación presentada el 23 de diciembre de 2019
Reglas de Arbitraje	Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI de 2006
Laudo	<i>Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. La República de Colombia</i> , Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019
TBI	Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009

C-[#]	Anexo Documental de las Demandadas en Anulación del arbitraje subyacente
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandadas en Anulación del arbitraje subyacente
Comité	Sir Christopher Greenwood, Sra. Bertha Cooper-Rousseau y Profesor Doug Jones
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CIADI o el Centro	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
R-[#]	Anexo Documental de la Solicitante del arbitraje subyacente
RAE-[#]	Anexo Documental de las Demandadas en Anulación
RAL-[#]	Autoridad Legal de las Demandadas en Anulación
RL-[#]	Autoridad Legal de la Solicitante del arbitraje subyacente
Demandadas en Anulación	Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A.
Tr. [página:línea] [Disertante(s)]	Transcripción de la Audiencia ante el Comité
Tr. Tribunal, Día [#][página:línea] [Disertante(s)]	Transcripción de la Audiencia ante el Tribunal
Tribunal	Tribunal de Arbitraje que dictó el Laudo (Profesor Juan Fernández-Armesto, Sr. Oscar M. Garibaldi y Sr. J. Christopher Thomas)

I. INTRODUCCIÓN Y PARTES

1. El presente procedimiento se refiere a una Solicitud de Anulación (la “**Solicitud**”) del laudo dictado el 27 de agosto de 2019 en *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. La República de Colombia* (Caso CIADI No. ARB/16/6) (el “**Laudo**”).
2. La Solicitante de la Anulación es la República de Colombia (“**Colombia**”), la Demandada en el procedimiento ante el Tribunal. Las Demandadas en Anulación, y Demandantes ante el Tribunal, son Glencore International A.G. (“**Glencore**”), sociedad constituida de conformidad con la legislación de Suiza y con sede en ella, y C.I. Prodeco S.A. (“**Prodeco**”), sociedad constituida de conformidad con la legislación de Colombia y subsidiaria totalmente controlada por Glencore.
3. El procedimiento ante el Tribunal había sido incoado por Glencore y Prodeco al amparo del Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, firmado el 17 de mayo de 2006, que entró en vigor el 6 de octubre de 2009 (el “**TBI**”), y del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de fecha 14 de octubre de 1966, que entró en vigor entre Colombia y Suiza el 6 de octubre de 2009 (el “**Convenio del CIADI**”).
4. En el Laudo, el Tribunal sostuvo (a) que tenía competencia; (b) que Glencore y Prodeco habían sido víctimas de una medida no razonable contraria al Artículo 4(1) del TBI y habían sido sometidas a un tratamiento injusto e inequitativo contrario al Artículo 4(2) del TBI. El Tribunal ordenó que Colombia les restituya a Glencore y Prodeco la suma de USD 19.100.000 más costos de USD 625.000 y gastos de defensa en la suma de USD 1.692.900.
5. Colombia pretende la anulación del Laudo de conformidad con el Artículo 52 del Convenio del CIADI con fundamento en que (i) el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI); (ii) hubo quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI);

y (iii) el Laudo no expresó los motivos en que se fundó (Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI).

6. Colombia mantiene que el Tribunal se equivocó en dos aspectos importantes (cada uno de los cuales incluye las tres causales invocadas con arreglo al Artículo 52): en primer término, al excluir documentos críticos relacionados con alegaciones de corrupción (la “**Cuestión de los Documentos**”), y, en segundo término, al rechazar el argumento de Colombia de que la inversión de Glencore y Prodeco era ilegal, y, por consiguiente, se encontraba fuera del alcance del TBI (la “**Cuestión de Ilegalidad**”). En tanto las dos cuestiones están estrechamente relacionadas, tal como se observará, Colombia mantiene que son discretas y, en particular, que se justificaría que el Comité se pronuncie a favor de Colombia respecto de la Cuestión de Ilegalidad y anule el Laudo aun en el supuesto de que rechace los argumentos de Colombia en lo que respecta a la Cuestión de los Documentos.
7. Los antecedentes de hecho se establecen en mayor detalle en los párrs. 135 a 545 del Laudo y aquellas partes relevantes para el procedimiento de anulación se sintetizan *infra* (párrs. 31-62).

II. ANTECEDENTES PROCESALES

8. El 23 de diciembre de 2019, el CIADI recibió la Solicitud de Anulación presentada por la República de Colombia y de fecha 23 de diciembre de 2019. La Solicitud contenía una petición con arreglo al Artículo 52(5) del Convenio del CIADI y a la Regla 54 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje del CIADI**”) de que se suspendiera la ejecución del Laudo hasta que se decidiera sobre la Solicitud (la “**Solicitud de Suspensión**”).
9. El 30 de diciembre de 2019, conforme a la Regla 50(2) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la Secretaria General del CIADI notificó a las Partes del acto de registro de la Solicitud por parte del CIADI. Ese mismo día, de conformidad con la Regla 54(2) de las Reglas de Arbitraje, la Secretaria General informó a las Partes de la suspensión provisional de la ejecución del Laudo.

10. Mediante carta de fecha 6 de marzo de 2020, de conformidad con las Reglas 6 y 53 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, se notificó a las Partes que Sir Christopher Greenwood, nacional del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y designado como Presidente del Comité, la Sra. Bertha Cooper-Rousseau, nacional de Las Bahamas, y el Profesor Doug Jones, nacional de Australia e Irlanda, habían aceptado sus nombramientos por parte del Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, y que, por consiguiente, se consideraba que el Comité *ad hoc* se había constituido, y el procedimiento de anulación había comenzado, a partir de esa fecha. Ese mismo día, se notificó a las Partes que la Sra. Alicia Martín Blanco, Consejera Jurídica, CIADI, fungiría como Secretaria del Comité *ad hoc*.
11. En respuesta a una pregunta formulada por el Comité, los días 20 y 26 de marzo de 2020, las Partes confirmaron su consenso de que las Demandadas en Anulación no se opondrían a la Solicitud de Suspensión de Colombia a cambio de un cronograma acelerado para el presente procedimiento.
12. El 10 de abril de 2020, el Comité informó a las Partes que, sin perjuicio del consenso de las Partes respecto del calendario procesal, y dada la diferencia horaria entre las diversas ubicaciones geográficas de los abogados y los miembros del Comité, el Comité había decidido separar la primera sesión de la consulta procesal preliminar del Presidente con las Partes.
13. De conformidad con las Reglas 53 y 13(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el Comité celebró su primera sesión el 20 de abril de 2020 mediante videoconferencia.
14. El 20 de abril de 2020, el Presidente indagó si las Partes estarían de acuerdo con el nombramiento de la Sra. Rosalind Anne Elphick, nacional de Sudáfrica e Irlanda, como asistente del Presidente en el presente caso. Los días 23 y 24 de abril de 2020, las Partes confirmaron que no tenían objeción alguna al nombramiento de la Sra. Elphick como asistente del Presidente, ni a los términos de su nombramiento. El nombramiento de la Sra. Elphick fue confirmado por el Presidente el 22 de mayo de 2020.
15. El 10 de abril de 2020, Colombia presentó su Memorial sobre Anulación (el “**Memorial de Anulación**”), conjuntamente con los Anexos Documentales AAE-1 a AAE-35, las

Autoridades Legales AAL-1 a AAL-100, y diversos anexos documentales y autoridades legales del arbitraje subyacente.

16. De conformidad con las Reglas 53 y 20(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el 27 de abril de 2020, el Presidente del Comité celebró una consulta procesal preliminar con las Partes mediante videoconferencia.
17. El 28 de abril de 2020, el Comité emitió la Resolución Procesal No. 1 en la que se dejó constancia de los acuerdos de las Partes y de las decisiones del Comité sobre cuestiones procesales. La Resolución Procesal No. 1 dispuso, *inter alia*, que las Reglas de Arbitraje aplicables serían aquellas en vigor desde el 10 de abril de 2006, que los idiomas del procedimiento serían español e inglés, y que el lugar del procedimiento sería Washington D.C., Estados Unidos de América. En lo que respecta a la Solicitud de Suspensión, la Resolución Procesal No. 1 estableció lo siguiente:

Las Partes acordaron que las Demandadas en Anulación no se opondrían a la solicitud de una suspensión de la ejecución del Laudo planteada por la Solicitante a cambio de un cronograma acelerado en el Anexo A. El Comité considera que las circunstancias del caso exigen que la ejecución se suspenda de conformidad con el Artículo 52(5) del Convenio del CIADI, y por consiguiente, decide mantener la suspensión de la ejecución que se había instaurado de manera provisional conforme a la segunda oración del Artículo 52(5). [Traducción del Comité]

18. El 12 de junio de 2020, Glencore y Prodeco presentaron su Memorial de Contestación sobre Anulación (el “**Memorial de Contestación de Anulación**”), acompañado del Anexo Documental RAE-1, las Autoridades Legales RAL-1 a RAL-28; y diversos anexos documentales y autoridades legales del arbitraje subyacente.
19. El 7 de agosto de 2020, Colombia presentó su Réplica sobre Anulación (la “**Réplica en Anulación**”), conjuntamente con los Anexos Documentales AAE-36 y AAE-37, las Autoridades Legales AAL-101 a AAL-133, y diversos anexos documentales y autoridades legales del arbitraje subyacente.
20. El 21 de agosto de 2020, el Comité consultó a las Partes respecto de la posibilidad de celebrar una audiencia mediante enlace de video.

21. El 3 de septiembre de 2020, las Partes informaron al Comité que no tenían objeción alguna a la celebración de la audiencia de anulación mediante videoconferencia. Ese mismo día, el Comité confirmó que la audiencia se celebraría mediante videoconferencia en lugar de en forma presencial.
22. El 9 de septiembre de 2020, Colombia escribió para informar al Comité “*de un acontecimiento reciente de relevancia para el procedimiento de anulación*” [Traducción del Comité]. Colombia observó que no ponía la información a consideración del Comité a fin de solicitar autorización para incorporar nuevas pruebas en los términos de la Sección 15.3 de la Resolución Procesal No. 2, aunque se reservaba el derecho de hacerlo si y cuando resultara apropiado.
23. El 15 de septiembre de 2020, el Comité se refirió a la comunicación de la Solicitante de 9 de septiembre, observó que la República de Colombia no había efectuado solicitud alguna para que se admitiera nuevo material en el expediente del procedimiento de anulación, y, por lo tanto, consideraba que no era necesaria acción alguna en esta etapa.
24. El 9 de octubre de 2020, Glencore y Prodeco presentaron su Dúplica sobre Anulación (la “**Dúplica en Anulación**”) acompañada del Anexo Documental RAE-2, las Autoridades Legales RAL-29 a RAL-38, y diversos anexos documentales del arbitraje subyacente.
25. El 26 de octubre de 2020, el Comité informó a las Partes que la reunión preparatoria de la audiencia se había cancelado luego de que las Partes acordaran que no era necesaria.
26. El 2 de noviembre de 2020, el Comité emitió la Resolución Procesal No. 2 sobre la organización de la audiencia de anulación (“**Audiencia de Anulación**”).
27. La Audiencia de Anulación se celebró el 6 de noviembre de 2020 mediante videoconferencia. La lista de participantes fue la siguiente:

Comité:

Sir Christopher Greenwood	Presidente del Comité
Sra. Bertha Cooper-Rousseau	Miembro del Comité
Profesor Doug Jones	Miembro del Comité

Asistente del Presidente:

Sra. Rosalind Anne Elphick	Asistente del Presidente
----------------------------	--------------------------

Secretariado del CIADI:

Sra. Alicia Martín Blanco

Secretaria del Comité

En representación de Colombia:

Profesor Eduardo Silva Romero

Sr. José Manuel García Represa

Sr. Juan Felipe Merizalde Urdaneta

Sr. Amir Ardelan Farhadi

Dr. Camilo Gómez Alzate

Sra. Ana María Ordoñez Puentes

Sra. Elizabeth Prado Lopez

Sr. Andrés Felipe Esteban Tovar

Sr. Giovanni Andrés Vega

Dechert LLP

Dechert LLP

Dechert LLP

Dechert LLP

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado

En representación de Glencore y Prodeco:

Sr. Nigel Blackaby

Sr. Elliot Friedman

Sra. Jessica Moscoso

Sra. Paige von Mehren

Sra. Elvira Sihvola

Sr. Gustavo Topalian

Sr. José Manuel Álvarez Zárate

Sr. Oscar Eduardo Gómez

Sra. Natalia Anaya

Sr. Jader Yubran

Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Dechamps International Law

Álvarez Zárate & Asociados

C.I. Prodeco S.A.

C.I. Prodeco S.A.

C.I. Prodeco S.A.

Estenógrafa:

Sra. Claire Hill

Estenógrafa en idioma inglés

28. Las Partes presentaron sus correcciones consensuadas de la transcripción el 18 de noviembre de 2020.
29. El 24 de noviembre de 2020, las Partes presentaron sus respectivas declaraciones de costos.
30. El procedimiento se declaró cerrado el 1 de junio de 2021.

III. LOS ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD

A. SÍNTESIS DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

(1) El Contrato Minero

31. Los antecedentes del caso ante el Tribunal se referían a contratos celebrados entre Prodeco y los entes estatales de Colombia pertinentes para la actividad minera carbonífera en la mina Calenturitas, “una de las minas de carbón térmico más grandes de Colombia”¹. El ente de Colombia con el cual Prodeco suscribió contratos cambió en el transcurso del tiempo debido a modificaciones en la legislación colombiana. En el año 1989, Prodeco suscribió un contrato (el “**Contrato Minero**”) con Carbones de Colombia SA (“**Carbocol**”)², una empresa de titularidad del Estado a la cual el Ministerio de Minas y Energía de Colombia había otorgado derechos mineros³. En el año 1993, Carbocol devino en Empresa Colombiana de Carbón Ltda. (“**Ecocarbón**”⁴), que fuera sucedida ulteriormente por la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol Ltda. (“**Minercol**”⁵). En el año 2004, el Ministerio de Minas y Energía de Colombia designó al Instituto Colombiano de Geología y Minería (“**Ingeominas**”⁶) como sucesor de Minercol. En el año 1995, Prodeco fue adquirida por Glencore⁷.
32. Con arreglo a los términos originales del Contrato Minero, Prodeco obtenía el derecho de realizar actividades de extracción, beneficio, transporte, y venta de hasta tres millones de toneladas de carbón por año (“**MTA**”) durante un período de 30 años⁸. A cambio, Prodeco acordó abonar una contraprestación definida a Carbocol, cuyo cálculo se basó en dos elementos:

¹ Laudo, párr. 142.

² Laudo, párr. 145.

³ Laudo, párr. 141.

⁴ Laudo, párr. 155.

⁵ Laudo, párr. 159.

⁶ Laudo, párr. 169.

⁷ Laudo, párr. 157.

⁸ Laudo, párrs. 146-148.

- a. Una regalía del 5% por cada tonelada de carbón vendida, que aumentaba de manera progresiva hasta el 7,6% a partir del quinto año de producción y más allá (la “**Regalía Básica**”⁹);
 - b. y una “compensación suplementaria”, calculada como un porcentaje de los ingresos de Prodeco y un monto fijo por tonelada de carbón vendida¹⁰. La compensación suplementaria solo se pagaba si el precio del carbón excedía los USD 40 por tonelada, momento en el cual se determinó, sobre la base del precio del carbón térmico colombiano según su cotización en el año 1989, que Prodeco percibiría “utilidades extraordinarias”¹¹.
33. La base para el cálculo de la contraprestación que pagaría Prodeco fue modificada por los otrosíes No. 3 (el “**Otrosí No. 3**”) y No. 6 (el “**Otrosí No. 6**”) al Contrato Minero, suscritos en los años 2001 y 2005, respectivamente. Mediante el Otrosí No. 3 se acordó que la tasa de la Regalía Básica se incrementaría en 1% por cada MTA de aumento en la producción más allá de los 3 MTA¹². El término “compensación suplementaria” se modificó a “Compensación por Ingresos Brutos” (“**CIB**”), aunque en esencia permaneció inalterada¹³.
34. El Contrato Minero se modificó asimismo para aclarar la forma en que los pagos de las Regalías y la CIB deberían calcularse cuando el volumen de carbón exportado estaba compuesto por carbón extraído de la Mina Calenturitas mezclado con carbón extraído de otras minas (“**Carbón Mezclado**”¹⁴). Esto resultó necesario para dar cuenta de la expansión de las operaciones mineras de Glencore al proyecto carbonífero La Jagua. Acontecimientos relacionados con el proyecto La Jagua desempeñaron un papel importante en el procedimiento ante el Tribunal y se analizan con mayor grado de detalle en los párrs. 43-48, *infra*.
35. Estos otrosíes aclararon asimismo el “precio de referencia” para calcular los pagos de Regalías y la CIB adeudados: para el carbón exportado exclusivamente de la Mina

⁹ Laudo, párrs. 149.

¹⁰ Laudo, párr. 149.

¹¹ Laudo, párr. 149.

¹² Laudo, párr. 163.

¹³ Laudo, párr. 164.

¹⁴ Laudo, párr. 179.

Calenturitas, el precio de referencia sería el mayor valor entre (i) el precio promedio ponderado (“**FOB**”) puerto colombiano para el carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico; y (ii) el precio real de venta; para la exportación de Carbón Mezclado, el precio de referencia sería simplemente el precio FOB puerto colombiano para el carbón térmico colombiano para la respectiva semana, publicado en el ICR, ajustado por poder calorífico¹⁵.

36. La Mina Calenturitas comenzó la producción en el año 2004¹⁶. Aproximadamente en el mismo momento, Ingeominas creó un Comité de Contratación Minera (el “**Comité de Contratación**”) compuesto por el Secretario General de Ingeominas, el Director del Servicio Minero, dos subdirectores y el Asesor de la Dirección General. El Comité de Contratación asumió la responsabilidad de evaluación y recomendación al Director del Servicio Minero respecto de las modificaciones propuestas al Contrato Minero¹⁷.
37. En el año 2006, Prodeco se dio cuenta de que desviando una sección del río Calenturitas que atravesaba la Mina Calenturitas podría incrementar de manera significativa la cantidad de recursos explotables a los que tenía acceso. Presentó estas proyecciones a Ingeominas en el mes de noviembre de 2006 en su Programa de Trabajos e Inversiones de Largo Plazo (el “**PTI 2006**”), que preveía la extracción de 60 MT de carbón adicionales durante la vida útil de la mina y el aumento de la capacidad de la Mina Calenturitas de 2,9 MTA a 10 MTA desde el año 2010 en adelante¹⁸.
38. Un otrosí adicional al Contrato Minero (el “**Otrosí No. 7**”), suscrito entre Ingeominas y Prodeco el 15 de febrero de 2007 luego de extensas negociaciones, extendió el plazo del Contrato Minero en 15 años e incrementó los niveles de producción previstos. El sistema básico para cuantificar la contraprestación a Colombia no sufrió modificaciones, pero incorporó aclaraciones para disponer que las regalías y CIB serían abonadas dentro de los diez días siguientes al embarque del carbón, pero quedarían sujetas a reajustes trimestrales “con base en el precio definitivo”¹⁹. El significado del término “precio definitivo” devino

¹⁵ Laudo, párrs. 180, 195.

¹⁶ Laudo, párr. 171.

¹⁷ Laudo, párrs. 172-175.

¹⁸ Laudo, párrs. 183-185, 193.

¹⁹ Laudo, párrs. 193-196.

importante en relación con la negociación del **Otrosí No. 8** que ocupó el centro del procedimiento ante el Tribunal.

(2) El Otrosí No. 8

(a) Inicio de las Negociaciones

39. Seis meses después de la suscripción del Otrosí No. 7, Prodeco se dirigió a Ingeominas respecto de una modificación adicional al Contrato Minero. Prodeco sostuvo que el esquema de contraprestación existente comprometía la posible expansión e incluso amenazaba la viabilidad del proyecto minero, debido a que la inflación había inducido a un incremento considerable en los costos de producción mientras que el precio de referencia de USD 40 por tonelada, sobre el cual se basaba la CIB, no se había modificado. Por lo tanto, Prodeco propuso que Colombia aceptara una reducción en la contraprestación por tonelada de carbón vendida a cambio de un incremento en la producción general. Con los niveles aumentados de producción que se lograrían así, Prodeco argumentó que el nuevo esquema de contraprestación generaría, durante la vida útil de la mina, ganancias mucho mayores para el Estado que las que obtendría con arreglo al régimen anterior²⁰.
40. La reacción inicial de Ingeominas fue desfavorable, y el Subdirector de Fiscalización y Ordenamiento Minero, Sr. Edward Franco, advirtió que la modificación propuesta no sería favorable a los intereses de Colombia²¹. Empero, las partes contratantes continuaron debatiendo la propuesta de Prodeco²². Una figura clave en las negociaciones fue el Sr. Mario Ballesteros, quien fuera Director General de Ingeominas desde el 2 de marzo de 2007 hasta el 7 de septiembre de 2010.

(b) La Diferencia en la Fijación de Precios

41. Las negociaciones tuvieron lugar en el contexto de otros dos acontecimientos. En primer término, en el mes de julio de 2008, Prodeco planteó una cuestión respecto del modo en el cual debía interpretarse el término “precio definitivo” en el Otrosí No. 7. Hasta esa fecha, las partes del Contrato Minero y el Otrosí No. 7 habían procedido sobre la base de que el

²⁰ Laudo, párrs. 202-204, 209-211.

²¹ Laudo, párr. 207.

²² Laudo, párrs. 201-211.

precio definitivo era el mayor valor del precio FOB en la semana en la cual se realizó el embarque del carbón y del precio real de venta obtenido por Prodeco. Sin embargo, según Prodeco, esta fórmula no daba cuenta de cambios drásticos en el mercado²³. Prodeco mantuvo que las disposiciones contractuales relevantes también podían interpretarse en el sentido de que el precio definitivo era el precio real de venta, tal como consta en las facturas de Prodeco a sus clientes y que esta era la interpretación correcta, así como la más justa. En los meses de agosto y septiembre de 2008, Prodeco mantuvo reuniones con el Ministro de Minas y Energía. El Tribunal sostuvo que la prueba ante sí demostraba que “*el Ministro coincidía en que sería justo y razonable que las Regalías se calcularan utilizando el precio real percibido por Prodeco*”²⁴.

42. Prodeco informó a Ingeominas que, con efecto a partir del 30 de septiembre de 2008, ajustaría los pagos a Colombia por referencia al precio real de venta percibido y lo hizo al momento de efectuar su siguiente pago, reduciendo el monto abonado en USD 6 millones²⁵. Ingeominas refutó que Prodeco no tenía derecho a adoptar esta medida de manera unilateral y amenazó con una declaración de caducidad del Contrato Minero si el pago no se realizaba al nivel original²⁶. Aunque Colombia le solicitó al Tribunal que arribara a la conclusión de que Prodeco había inventado la controversia relativa al precio definitivo para forzar a Colombia a aceptar la modificación propuesta al Contrato Minero, el Tribunal rechazó la sugerencia de que Prodeco hubiera inventado la controversia presentando una solicitud teniendo conocimiento de que no le asistían los derechos reclamados²⁷.

(c) La Mina La Jagua y el Contrato Tres Hectáreas

43. En segundo término, surgió un problema respecto de la mina La Jagua. La mina La Jagua estaba ubicada aproximadamente veinte kilómetros al este de la mina Calenturitas. Prodeco había adquirido tres compañías – *Carbones de la Jagua S.A.* (“**CDJ**”), adquirida en el año 2005, *Consortio Minero Unido S.A.* en el año 2006 y *Carbones El Tesoro* en el

²³ Laudo, párrs. 214-215.

²⁴ Laudo, párr. 217.

²⁵ Laudo, párrs. 221-224.

²⁶ Laudo, párrs. 222-225.

²⁷ Laudo, párrs. 218-220.

año 2007 (conjuntamente, las “**Sociedades Relacionadas de Prodeco**”²⁸) – que eran titulares de derechos mineros en La Jagua. Las Sociedades Relacionadas de Prodeco deseaban consolidar sus actividades mineras en La Jagua. Sin embargo, ubicado en un pequeño corredor entre los títulos mineros de La Jagua de titularidad de las Sociedades Relacionadas de Prodeco había un terreno de 3 hectáreas sobre el cual no existía concesión alguna en ese momento²⁹. Dada su ubicación, este pequeño terreno era extremadamente valiosa para las Sociedades Relacionadas de Prodeco. Si Prodeco no adquiría los derechos mineros sobre el terreno, las operaciones conjuntas de Prodeco y el desarrollo racional de la mina La Jagua resultarían severamente afectados³⁰. Ambas Partes aceptan que el desarrollo de La Jagua resultaba crítico para cualquier incremento en la producción en Calenturitas, ya que el carbón proveniente de La Jagua se mezclaba con el carbón proveniente de Calenturitas y se trasladaba junto con él³¹.

44. El valor de las 3 hectáreas también había sido advertido por el Sr. Maldonado, ex empleado del Ministerio de Minas y de los antecesores de Ingeominas. En el año 2006, había solicitado a Ingeominas una concesión minera con respecto a ese terreno, pero su solicitud había sido formalmente rechazada en el año 2007³². La decisión de Ingeominas sobre ese particular se basó en un informe del mes de marzo de 2007 que había determinado que el sitio se superponía técnicamente con otras concesiones y que sería demasiado pequeño para una explotación minera independiente³³. Sin embargo, en el mes de junio de 2008, Ingeominas se retractó de su decisión inicial de que la concesión de 3 hectáreas se superpondría con otras concesiones en la zona, y en consecuencia, decidió adjudicar al Sr. Maldonado y a su socio, el Sr. César García, la concesión de las 3 hectáreas³⁴. Esa decisión se formalizó con la suscripción de un contrato de concesión minera a favor de los Sres. Maldonado y García el 16 de octubre de 2008 (el “**Contrato 3 Hectáreas**”³⁵).

²⁸ Laudo, párr. 178.

²⁹ Laudo, párr. 235.

³⁰ Laudo, párr. 687; Memorial de Contestación en Anulación, pág. 19, párr. 38(a).

³¹ Tr. Tribunal, Día 2, pág. 331:3-9 (Profesor Silva Romero).

³² Laudo, párrs. 234-236.

³³ Laudo, párr. 236.

³⁴ Laudo, párr. 239.

³⁵ Laudo, párr. 245.

45. Poco tiempo después, en el mes de diciembre de 2008, el Sr. Maldonado y su socio se dirigieron a Prodeco y le ofrecieron venderle la concesión de las 3 hectáreas por USD 11 millones³⁶.
46. Prodeco y sus sociedades relacionadas se opusieron enérgicamente al Contrato 3 Hectáreas en tanto resultaba contrario a los intereses nacionales, era irregular y constituía un uso indebido de información privilegiada. Se opusieron formalmente a la solicitud del Sr. Maldonado en el mes de marzo de 2008, y presentaron un recurso de reposición de las objeciones de las Sociedades Relacionadas de Prodeco en el mes de julio de 2008³⁷. En el período que abarca los meses de agosto a noviembre de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco comunicaron sus quejas por escrito a una serie de autoridades colombianas, con inclusión de la Presidencia, el Procurador General de la Nación, el Ministro de Minas y Energía, el Ministro de la Presidencia, la Contraloría y el Jefe del Registro Minero Nacional³⁸. Prodeco continuó elevando quejas aun después de la suscripción del Contrato 3 Hectáreas, mediante la incoación de una acción popular en contra de las partes del contrato, incluida Ingeominas, y mediante la solicitud de una investigación disciplinaria en contra de los funcionarios de Ingeominas involucrados en su celebración³⁹.
47. El Tribunal determinó que, para el mes de marzo de 2009, las Sociedades Relacionadas de Prodeco se sentían frustradas por la inacción de las autoridades colombianas⁴⁰. En una última queja elevada al Ministro de la Presidencia, Prodeco advirtió que, a menos que se hallara una solución a la situación creada por la adjudicación del título de las 3 hectáreas, no tendría otra opción más que involucrarse en negociaciones directas con los Sres. Maldonado y García⁴¹. Cuando no recibió respuesta alguna, Prodeco decidió llevar adelante esa opción⁴². Finalmente, CDJ adquirió el título de concesión de los Sres.

³⁶ Laudo, párr. 247.

³⁷ Laudo, párrs. 238-239.

³⁸ Laudo, párrs. 241-244.

³⁹ Laudo, párrs. 240-246.

⁴⁰ Laudo, párrs. 248-249.

⁴¹ Laudo, párr. 248.

⁴² Laudo, párr. 249.

Maldonado y García el 4 de mayo de 2009, a un costo de USD 1,75 millones (el “**Contrato de Cesión**”⁴³).

48. Los Sres. Maldonado y García presentaron el contrato de compraventa (el “**Contrato de Cesión**”) a Ingeominas para su aprobación, que fue otorgada por el Sr. Ballesteros el 8 de mayo de 2009⁴⁴. Sin embargo, los documentos que presentaron no hacían mención alguna del precio abonado⁴⁵. CDJ pagó el precio de compra en dos pagos separados tal como fuera solicitado por los Sres. Maldonado y García⁴⁶. El Tribunal determinó que CDJ realizó las retenciones exigidas por la legislación colombiana⁴⁷, registró la suma abonada en sus estados financieros auditados⁴⁸, y declaró a Ingeominas tanto el contrato como el precio pagado⁴⁹. El Tribunal determinó asimismo que, aun después de la suscripción del Contrato de Cesión, Prodeco continuó presentando quejas respecto del otorgamiento de la concesión de las 3 hectáreas a los Sres. Maldonado y García⁵⁰ y que, en el mes de junio de 2011, un nuevo Ministro de Minas anunció que había ordenado investigaciones formales sobre las irregularidades dentro de Ingeominas⁵¹.

(d) La Suscripción del Otrosí No. 8

49. El 21 de mayo de 2009, Prodeco e Ingeominas celebraron un Acuerdo de Compromiso (el “**Acuerdo de Compromiso**”) con respecto a las modificaciones propuestas para el Contrato Minero, tras lo cual se celebraron negociaciones formales en el período comprendido entre los meses de junio y diciembre del año 2009. Prodeco pagó la diferencia de USD 6 millones entre el precio definitivo tal como sostenía debía entenderse y el precio definitivo que, según Ingeominas, exigía el Contrato Minero⁵². Las negociaciones están detalladas en los párrs. 266-322 del Laudo y culminaron en la suscripción del Otrosí No. 8

⁴³ Laudo, párr. 250.

⁴⁴ Laudo, párrs. 251-252.

⁴⁵ Laudo, párr. 251.

⁴⁶ Laudo, párrs. 253-254.

⁴⁷ Laudo, párr. 255.

⁴⁸ Laudo, párr. 256.

⁴⁹ Laudo, párr. 256.

⁵⁰ Laudo, párrs. 257-258.

⁵¹ Laudo, párr. 259.

⁵² Laudo, párrs. 262-265.

el día 22 de enero de 2010. Los términos y condiciones del Otrosí No. 8 se analizan en los párrs. 323-350 del Laudo. Para nuestros efectos, basta con realizar la observación de que allí se estableció una nueva fórmula para el cálculo de las regalías y CIB, que involucraron una reducción en la suma a pagar a Colombia por tonelada, mientras que Colombia se beneficiaría de un aumento en la producción que debería conducir a un aumento del monto total de la contraprestación.

50. En el mes de marzo de 2009, Glencore vendió Prodeco a la empresa australiana Xstrata⁵³, sujeto a una opción de compra que permitía a Glencore readquirir Prodeco. En el mes de marzo de 2010, Glencore hizo uso de dicha opción y readquirió Prodeco⁵⁴.

(3) El Proceso de la Contraloría

51. En el mes de octubre de 2010, la Contraloría General de la República (la “**Contraloría**”), una dependencia administrativa colombiana, abrió una investigación para indagar sobre supuestas prácticas corruptas en Ingeominas⁵⁵. Ello comprendió una investigación de la suscripción del Otrosí No. 8. En el mes de marzo de 2011, el equipo a cargo de la investigación informó que Prodeco no había logrado probar que el proyecto minero habría sido inviable sin el Otrosí No. 8, que no habían existido motivos jurídicos, técnicos o financieros para modificar el Contrato Minero, que Ingeominas no había realizado una evaluación apropiada del impacto del Otrosí No. 8 y que el Otrosí había perjudicado a Colombia puesto que había reducido los ingresos del Contrato Minero⁵⁶. Dicho informe no fue revelado a Prodeco hasta el mes de agosto de 2012⁵⁷.
52. Tras la recepción del informe, en el mes de mayo de 2011, la Contraloría inició un Proceso de Responsabilidad Fiscal (un proceso administrativo) contra Prodeco y el Sr. José Fernando Ceballos, entonces Director del Servicio Minero de Ingeominas, quien había suscrito el Otrosí No. 8 en representación de Ingeominas⁵⁸. Si bien el proceso tramitado ante la *Contraloría* es de naturaleza administrativa, y no judicial, el derecho colombiano

⁵³ Laudo, párr. 230.

⁵⁴ Laudo, párr. 360.

⁵⁵ Laudo, párrs. 398-409. La naturaleza y las funciones de la Contraloría se explican en los párrs. 388-397 del Laudo.

⁵⁶ Laudo, párr. 406.

⁵⁷ Laudo, párr. 409.

⁵⁸ Laudo, párr. 410.

requiere que se respeten las garantías del debido proceso. Prodeco y el Sr. Ceballos fueron convocados a aportar prueba y contaban con asistencia letrada. El proceso, que implicaba que la Contraloría tomaba declaración indagatoria (“*deposition*”) a varios funcionarios actuales y exfuncionarios de Ingeominas, fue posteriormente ampliado para incluir al Sr. Ballesteros y a varios otros funcionarios⁵⁹. Concluyó con el dictado de un Auto de imputación de responsabilidad fiscal (el “**Auto de Imputación**”) por parte de la Contraloría, en el que se imputaba formalmente a Prodeco, al Sr. Ceballos y al Sr. Ballesteros⁶⁰. El Auto de Imputación, dictado en el mes de agosto de 2013, señalaba que el Otrosí No. 8 había perjudicado al Estado colombiano y acusaba a Prodeco de causar ese daño de forma intencionada⁶¹.

53. La Contraloría se pronunció con respecto a estas acusaciones el día 30 de abril de 2015. La Contraloría determinó la responsabilidad fiscal solidaria de Prodeco, el Sr. Ballesteros, el Sr. Ceballos y el Ministro de Minas en razón de la suscripción del Otrosí No. 8 y los condenó a pagar COP 60 mil millones (aproximadamente, USD 25 millones) en concepto de compensación por el daño causado al Estado. El fallo confirmaba ampliamente las alegaciones formuladas en el Auto de Imputación⁶².
54. Prodeco adoptó varias medidas para apelar o revocar dicha decisión⁶³. Ninguna de ellas había prosperado cuando se dictó el Laudo. El 19 de enero de 2016, Prodeco pagó, bajo protesta, el monto de USD 19,1 millones⁶⁴.
55. En el mes de marzo de 2012, las autoridades colombianas iniciaron un proceso para anular el Contrato Minero ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Al momento en que se dictó el Laudo en el marco del presente procedimiento, el Tribunal Administrativo no había emitido una decisión⁶⁵.

⁵⁹ Laudo, párrs. 410-458.

⁶⁰ Otros dos funcionarios fueron sujeto de imputaciones menos graves.

⁶¹ Laudo, párrs. 459-466.

⁶² Laudo, párrs. 487-506.

⁶³ Laudo, párrs. 507-524.

⁶⁴ Laudo, párrs. 525-526.

⁶⁵ Laudo, párrs. 527-535.

56. Sin perjuicio de los múltiples procesos, el Otrosí No. 8 se ejecutó de manera provisional y Prodeco pagó las regalías de conformidad con los términos de dicho instrumento⁶⁶.

B. LA RECLAMACIÓN DE GLENCORE ANTE EL TRIBUNAL Y LA RESPUESTA DE COLOMBIA

57. Glencore y Prodeco plantearon primero la existencia de la posibilidad de que suscite una diferencia en virtud del TBI en una carta de fecha 18 de septiembre de 2013 que fuera dirigida al Presidente de Colombia⁶⁷. A dicha carta la sucedió una notificación formal de la disputa el 28 de agosto de 2015⁶⁸, que activó el periodo de consulta amigable de seis meses previsto en el Artículo 11 del TBI. Tras el vencimiento de dicho plazo, Glencore y Prodeco presentaron su Solicitud de Arbitraje el 4 de marzo de 2016.

58. El petitorio de Glencore y Prodeco se encuentra en el párr. 547 del Laudo. En síntesis, ellas pretendían una declaración de que Colombia había incumplido los Artículos 4(1), 4(2) y 10(2) del TBI, que se ordenase la devolución del monto de USD 19,1 millones que había pagado bajo protesta (véase párr. 54 *supra*) y el cese de los procesos en trámite, además de una garantía de que no se instituirían nuevos procedimientos y, en el caso de que los procesos no cesaren, el otorgamiento de daños prospectivos.

59. Colombia sostuvo que el Tribunal carecía de jurisdicción y que las reclamaciones eran inadmisibles. Si bien Colombia objetó la jurisdicción del Tribunal sobre la base de varios argumentos, el pilar central de su defensa se sustentaba en que la inversión realizada en conexión con el Otrosí No. 8 era ilegal y por ende no recaía dentro del alcance del TBI. Colombia sostuvo que los Artículos 2 y 4(1) del TBI excluían las inversiones realizadas en violación de la ley del Estado receptor y que toda inversión que se procurase mediante actos de corrupción, fraude, conducta dolosa, era un ejemplo de inversión viciada de ilegalidad.

60. Según Colombia, el Otrosí No. 8 fue obtenido mediante actos de corrupción, declaraciones falsas y el ocultamiento de información esencial a Ingeominas. El núcleo de su argumento residía en la alegación de que Prodeco, a través de su sociedad relacionada, CDJ, había

⁶⁶ Laudo, párr. 545.

⁶⁷ Resolución Procesal No. 2 del Tribunal, 4 de noviembre de 2017 (“RP2”), párrs. 16-17 (AAE-1).

⁶⁸ Laudo, párr. 536; RP2, nota 67, *supra*, párr. 18 (AAE-1).

pagado una suma exorbitante por la concesión de tres hectáreas de tierra en aras de obtener el consentimiento del Sr. Ballesteros, entonces Director General de Ingeominas, respecto del Otrosí No. 8 del Contrato Minero, el cual introdujo modificaciones realmente perjudiciales para Colombia. La defensa de Colombia consistía en que el precio sufragado —USD 1,75 millones— carecía de relación con el valor de la tierra y constituía un soborno indirecto al Sr. Ballesteros. Casi inmediatamente después de la celebración del Contrato de Cesión y su aprobación por parte de Ingeominas (a quien, según Colombia, nunca se revelaron los detalles del Contrato de Cesión), el Sr. Ballesteros aprobó la adopción del Acuerdo de Compromiso (véase párr. 49 *supra*) sin perjuicio de la recomendación del Subdirector de que las condiciones propuestas por Prodeco eran desfavorables para Colombia (véase párrs. 39-40, *supra*).

61. Colombia sostuvo que las condiciones eran tan ostensiblemente perjudiciales que solo la corrupción y el ocultamiento de información relevante podrían haber llevado a Ingeominas a aceptarlas. Según Colombia, Prodeco afirmó falsamente que no era viable económicamente producir más de 8 MTA cuando los documentos internos de Prodeco comprobaban la existencia de los planes contemporáneos de aumentar la producción a 10 MTA entre los años 2010 y 2019. Colombia sostuvo que el pago que había hecho Prodeco al Sr. Maldonado y al Sr. García por la cesión de las tres hectáreas había sido un soborno pobremente encubierto para asegurar el consentimiento del Sr. Ballesteros respecto del Otrosí No. 8. Colombia sostiene que Prodeco y el Estado suscribieron el Otrosí No. 8 el día 22 de enero de 2010 sobre la base de dicho tráfico de influencias y declaraciones falsas⁶⁹. Por ende, la Inversión había sido ilegal y recaía fuera de la protección del TBI.
62. Glencore y Prodeco negaron las alegaciones de corrupción y proveyeron una narrativa muy distinta de las circunstancias relativas a la concesión minera de las tres hectáreas (véanse párrs. 46-47, *supra*). Sostuvieron que la concesión había sido adjudicada al Sr. Maldonado y al Sr. García inapropiadamente pero que, pese a las quejas de Prodeco, no había sido revocada, lo cual no dejó otra opción a Prodeco que la de adquirir la concesión a través de su empresa relacionada, CDJ. Señalaron el hecho de que Prodeco había actuado con transparencia respecto de la adquisición de la concesión de las tres hectáreas y del precio

⁶⁹ Solicitud, párr. 18(iii).

que había pagado por ella y sostuvo que no había pruebas de que parte alguna de dicho precio hubiera sido transferida al Sr. Ballesteros. Su entendimiento de lo sucedido consistía en que, al igual que con otros emprendimientos mineros en Colombia, habían sido víctimas de un “chantaje económico”, mediante el cual una persona podía obtener una concesión de una pequeña área que debía ser adquirida a un precio exorbitante para acceder a las potenciales concesiones de las áreas circundantes.

C. LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL RELATIVAS A LA EXHIBICIÓN Y EXCLUSIÓN DE LOS DOCUMENTOS

63. La Solicitud de Anulación de Colombia se apoya ampliamente en decisiones de índole procesal del Tribunal relativas a la exhibición de documentos y a la recolección de la prueba. Colombia sostiene que se vio ilegítimamente impedida de aportar ciertos documentos de supuesta relevancia respecto de la celebración del contrato por las tres hectáreas y, por consiguiente, de la legalidad de la inversión de Prodeco⁷⁰. Las decisiones impugnadas son la Resolución Procesal No. 2 de 4 de noviembre de 2017 (“**RP2**”⁷¹), la Resolución Procesal No. 4 de 24 de abril de 2018 (“**RP4**”⁷²) y la Resolución Procesal No. 6 de 31 de julio de 2018 (“**RP6**”⁷³). El expediente es uno complicado y resulta necesario exponerlo con cierto detalle antes de analizar los argumentos de las Partes relativos a la solicitud de anulación.

(1) *Primer Intento de Colombia de Introducir en el Expediente Documentos Confiscados a Glencore y Prodeco*

64. Colombia estuvo representada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (la “**ANDJE**”) en el procedimiento de arbitraje.
65. El 7 de junio de 2017, la ANDJE solicitó una prórroga de un mes del plazo (de 3 de julio de 2017) fijado para la presentación de su Memorial de Contestación⁷⁴. Dicha solicitud se basaba en la reorganización administrativa de la ANDJE y en cuestiones de salud que

⁷⁰ Laudo, párr. 74.

⁷¹ RP2, nota 67, *supra* (AAE-1).

⁷² Resolución Procesal No. 4 del Tribunal, 24 de abril de 2018 (“**RP4**”) (AAE-9),

⁷³ Resolución Procesal No. 6 del Tribunal, 31 de julio de 2018 (“**RP6**”) (AAE-10).

⁷⁴ Laudo, párrs. 70-71.

afectaban a los abogados de Colombia⁷⁵. El 12 de junio de 2017, el Tribunal concedió a Colombia una prórroga de dos semanas para su presentación⁷⁶.

66. El 13 de junio de 2017, la ANDJE suscribió un convenio con la Superintendencia de Industria y Comercio (la “SIC”), la autoridad administrativa que se encarga de la implementación de la ley de protección de la competencia de Colombia, mediante el que acordaron que las agencias cooperarían en el intercambio de información relevante con la defensa jurídica de Colombia (el “**Convenio de Cooperación**”⁷⁷).
67. En una fecha no especificada de los meses de junio o julio de 2017, la SIC entregó a la ANDJE ciertos documentos que había confiscado a Prodeco en el contexto de una indagación preliminar en materia de protección de la competencia en el puerto marítimo de Prodeco⁷⁸. Dichos documentos incluyeron correos electrónicos descargados por la SIC de las computadoras de algunos gerentes de Prodeco (los “**Documentos en Disputa de la SIC**”⁷⁹) durante un allanamiento de las oficinas de Prodeco que la SIC había realizado en el mes de agosto de 2014⁸⁰.
68. El 17 de julio de 2017, Colombia presentó sus Objeciones a la Jurisdicción y Admisibilidad y el Memorial de Contestación⁸¹. Los anexos adjuntos al Memorial de Contestación incluyeron cuarentaiún documentos internos de Prodeco que eran parte de los Documentos en Disputa de la SIC y estaban clasificados como “descubiertos recientemente”.

⁷⁵ Laudo, párr. 71.

⁷⁶ Laudo, párr. 72.

⁷⁷ Laudo, párr. 73.

⁷⁸ Laudo, párr. 74.

⁷⁹ El Tribunal no siempre fue consistente en su uso de los términos empleados para describir los varios documentos cuya exhibición había sido objetada. En la RP2, se refirió a los 41 documentos como “los Documentos en Disputa”. Sin embargo, en la RP4 se refirió a esos documentos como “los Documentos Excluidos” y emplea el término “los Documentos en Disputa” para referirse a una recopilación de documentos mucho más amplia respecto de la cual se invocaba el privilegio (véanse párrs. 111-123, *infra*). El Comité ha mantenido el término “Documentos en Disputa” para esta posterior recopilación pero ha empleado el término “Documentos en Disputa de la SIC” para referirse a los 41 documentos sobre los que versaba la RP2. Tal como se comprueba más adelante (párrs. 95-151, *infra*), hubo una superposición entre estas categorías en el sentido de que algunos de los Documentos de la SIC fueron posteriormente parte de una categoría más amplia de los Documentos en Disputa considerados en la RP4 y en la RP6.

⁸⁰ Laudo, párr. 74.

⁸¹ Laudo, párr. 76.

69. Mediante carta dirigida al Tribunal de fecha 26 de julio de 2017, Glencore y Prodeco expresaron sus inquietudes en cuanto a que la presentación del Memorial de Contestación de Colombia contenía “41 cadenas de correo electrónicos privados e internos intercambiados entre la gerencia [de Prodeco] y sus abogados internos y externos” [Traducción del Comité], cuyo contenido, según Glencore y Prodeco, era privilegiado⁸². Solicitaron que Colombia revelase cómo y cuándo había obtenido la ANDJE esos documentos⁸³. Glencore y Prodeco solicitaron asimismo una orden “que declarara inadmisibles todos los documentos obtenidos o exhibidos irregularmente por Colombia en violación de su obligación de buena fe y de las reglas de privilegio, y una orden que eliminara cualquier afirmación contenida en el Memorial de Contestación y/o en las declaraciones testimoniales e informes periciales de Colombia que se basaran en dichos documentos” (la “**Primera Solicitud**”⁸⁴).
70. El 3 de agosto de 2017, Colombia escribió al Tribunal y señaló que los Documentos en Disputa de la SIC habían sido obtenidos legalmente por la SIC en el contexto de una auditoría legal de las actividades de Prodeco, que no eran privilegiados y solicitó que el Tribunal “rechazare in limine la solicitud de las Demandantes”⁸⁵. [Traducción del Comité]
71. Glencore y Prodeco respondieron mediante carta de 22 de agosto de 2017, en la que modificaron levemente su petitorio original⁸⁶. El 11 de septiembre de 2017, Colombia presentó una carta de dúplica, en la que reiteró su solicitud inicial⁸⁷.
72. El 10 de septiembre de 2017, la ANDJE presentó una denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación (la “FGN”), referida a los Documentos en Disputa de la SIC (la “**Denuncia Penal**”)⁸⁸. La Denuncia Penal se presentó en contra de ciertas personas allí mencionadas, quienes habían estado involucradas en la suscripción del Otrosí No. 8, y señalaba que ellas “podrían haber” cometido los delitos de cohecho, celebración de un

⁸² Carta de las Demandantes al Tribunal, 26 de julio de 2017 (“Carta de las Demandantes de 26 de julio de 2017”), pág. 1 (C-275).

⁸³ Carta de las Demandantes de 26 de julio de 2017, nota 82, *supra*, pág. 7 (C-275).

⁸⁴ Carta de las Demandantes de 26 de julio de 2017, nota 82, *supra*, pág. 8 (C-275); Laudo, párrs. 24, 77.

⁸⁵ Carta de Colombia al Tribunal, 3 de agosto de 2017, pág. 2 (C-276); Laudo, párrs. 25, 78.

⁸⁶ Laudo, párr. 79.

⁸⁷ Laudo, párr. 26.

⁸⁸ RP2, nota 67, *supra*, párr. 30 (AAE-1); Laudo, párr. 80.

contrato sin cumplimiento de requisitos legales, concierto para delinquir e interés indebido de un servidor público en la celebración de contratos⁸⁹. También solicitaba la declaración indagatoria de dos empleados de Prodeco, con inclusión de una de las abogadas internas de Prodeco.

73. El 20 de septiembre de 2017, Glencore y Prodeco enviaron una carta al Tribunal en referencia a la Denuncia Penal, entre otras cuestiones⁹⁰. Solicitaron, además de la exclusión de los Documentos en Disputa de la SIC, una orden para que Colombia “*se abst[uviera] de acosar o intimidar a las Demandantes, sus empleados y exempleados, sus abogados y exabogados y sus testigos durante el transcurso de la investigación penal surgida de la Denuncia de la ANDJE*” (la “**Segunda Solicitud**”⁹¹) [Traducción del Comité]. El 2 de octubre de 2017, Colombia escribió al Tribunal para solicitarle que rechace la Segunda Solicitud de Glencore y Prodeco⁹².
74. Estos intercambios fueron los primeros de una serie de diferencias en materia procesal, que el Tribunal analizó en tres etapas separadas. Puesto que las tres Resoluciones Procesales (las “**RP**”) en cuestión resultan cruciales para la Solicitud de Anulación, es necesario describir las cuestiones analizadas en cada Resolución y las decisiones adoptadas por el Tribunal en detalle.

(2) La Resolución Procesal No. 2 (4 de noviembre de 2017)

75. La cuestión principal con la que se topó el Tribunal al adoptar la RP2 consistía en si Colombia podría glosar al expediente los documentos confiscados por la SIC de las oficinas de Prodeco en el año 2014. Cuando el Tribunal emitió la RP2, las Partes ya coincidían respecto de ciertas cuestiones.
76. En primer lugar, los documentos habían sido confiscados el 4 de agosto de 2014 por una autoridad colombiana, la SIC, en el curso de una investigación sobre supuestas prácticas

⁸⁹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 31 (AAE-1); Laudo, párr. 81.

⁹⁰ Laudo, párr. 27.

⁹¹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 7 (AAE-1).

⁹² RP2, nota 67, *supra*, párr. 8 (AAE-1).

anticompetitivas prohibidas por el derecho colombiano, distintas de aquellas cuestiones controvertidas en el procedimiento que tramita ante el Tribunal⁹³.

77. En segundo lugar, si bien el abogado de Glencore y Prodeco ha enfatizado la naturaleza coercitiva de la confiscación⁹⁴, el Tribunal sostuvo que “[l]as Partes coinciden en que los Documentos en Disputa fueron obtenidos legalmente por la SIC en el curso de una investigación relativa a prácticas anticompetitivas realizada contra Prodeco”⁹⁵. [Traducción del Comité]
78. En tercer lugar, la SIC entregó los documentos a la ANDJE, que era responsable por la tramitación del procedimiento de arbitraje, de conformidad con el Convenio de Cooperación suscrito el 13 de junio de 2017⁹⁶. Las Partes no acordaron entonces —y tampoco ahora— si la transferencia de los documentos por parte de la SIC a la ANDJE fue legítima a tenor del derecho colombiano.
79. Con respecto al derecho aplicable a la cuestión de si sería lícito que Colombia glosare los documentos al expediente, el Tribunal observó que las Partes fundaron sus argumentos en el derecho internacional y, en subsidio, en el derecho colombiano⁹⁷. El Tribunal sostuvo, entonces, lo siguiente:

Este enfoque es consistente con el TBI y el Convenio del CIADI: si bien el TBI Colombia-Suiza no contiene disposiciones relativas al derecho sustantivo aplicable, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI establece que, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. Y el Artículo 44 del Convenio establece que “cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las

⁹³ RP2, nota 67, *supra*, párrs. 19-20, 44, 54 (AAE-1).

⁹⁴ Ante el Comité, el abogado de Glencore y Prodeco hizo referencia a “*correos electrónicos internos privilegiados de las Demandantes que fueron extraídos de sus servidores durante un allanamiento hecho al amanecer en el marco de una investigación sobre prácticas anticompetitivas no relacionada*” (Tr. pág. 79:1-3 (Sr. Blackaby)). Puesto que el “allanamiento” comenzó a las 10:37 a. m. (así surge del Acta de Reunión de la SIC y Prodeco de 4 de agosto de 2014, firmada por representantes de la SIC y de Prodeco (R-205)), la referencia al “allanamiento al amanecer” debe entenderse como un ejemplo de hipérbole forense. [Traducción del Comité]

⁹⁵ RP2, nota 67, *supra*, párr. 54 (AAE-1).

⁹⁶ RP2, nota 67, *supra*, párr. 28 (AAE-1).

⁹⁷ RP2, nota 67, *supra*, párr. 50 (AAE-1).

*Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes”, será resuelta por el Tribunal*⁹⁸. [Traducción del Comité]

80. El Tribunal manifestó que aplicaría el derecho internacional y “*confirma sus conclusiones aplicando el derecho local*”⁹⁹. [Traducción del Comité]
81. El Tribunal definió la cuestión que debía definir de la siguiente manera: “*si es justo admitir en el expediente de este procedimiento los documentos obtenidos legalmente por la autoridad administrativa del Estado encargada de velar por la competencia en el curso de una investigación de prácticas anticompetitivas/injustas*”¹⁰⁰. [Traducción del Comité]
82. El Tribunal decidió que debía ratificar el principio de que cada Parte tenía la obligación de conducirse de manera justa y de buena fe y respetar la igualdad de armas. Entendió que la regla de que la igualdad de armas debe respetarse aplica a la “*recolección de la prueba*” y que:

*... los tribunales de arbitraje se encuentran facultados a excluir documentos probatorios por motivos de “justicia o igualdad entre las Partes”*¹⁰¹. [Traducción del Comité]

83. El Tribunal decidió que excluiría los documentos en disputa “*por motivos de justicia e igualdad de armas*”¹⁰². Justificó su decisión de la siguiente manera:

Si el Tribunal permitiera la introducción de los Documentos en Disputa, dicha decisión alteraría el equilibrio entre las Partes y su igualdad de armas. Las Demandantes son empresas privadas, mientras que la Demandada es un Estado soberano, que, por ley, detenta amplias potestades investigativas y sancionatorias respecto de conductas violatorias del régimen administrativo. Es capaz de confiscar legalmente documentos probatorios de las Demandantes en el ejercicio de dichas potestades. Pero esos elementos probatorios solo pueden ser utilizados para el fin por el cual fueron expropiados: para proseguir con la investigación administrativa, que puede resultar en una sanción administrativa.

Si los documentos en disputa fueran admisibles como prueba, también lo serían otros documentos provenientes de otras autoridades administrativas,

⁹⁸ RP2, nota 67, *supra*, párr. 51 (AAE-1).

⁹⁹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 52 (AAE-1).

¹⁰⁰ RP2, nota 67, *supra*, párr. 59 (AAE-1).

¹⁰¹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 65 (AAE-1).

¹⁰² RP2, nota 67, *supra*, párr. 67 (AAE-1).

*tales como aquellas en materia fiscal. Y si se permitiere a los Gobiernos la presentación en los arbitrajes de inversión de toda la prueba confiscada por sus órganos o autoridades administrativos en el curso de procesos administrativos no relacionados, ello promovería la apertura de investigaciones administrativas en cuanto un inversor anuncie la existencia de una diferencia*¹⁰³. [Traducción del Comité]

84. El Tribunal concluyó, con respecto al derecho internacional, lo siguiente:

*En síntesis, el deber de arbitrar de buena fe y el principio de igualdad de armas excluyen la posibilidad de un Estado de confiscar pruebas en ejercicio de sus potestades administrativas y de presentarla subsiguientemente en un arbitraje de inversión*¹⁰⁴. [Traducción del Comité]

No obstante, cabe destacar que el Tribunal agregó lo siguiente:

*El procedimiento adecuado de obtención de pruebas de la contraparte se encuentra encauzado en el ejercicio de exhibición de documentos acordado. Al no haber sido obtenidos en el curso de ese procedimiento, los Documentos en Disputa deberían ser removidos del expediente de este arbitraje*¹⁰⁵. [Traducción del Comité]

85. El Tribunal agregó, en una nota al pie, lo siguiente:

*... la decisión del Tribunal no afecta al derecho o deber del Estado o de sus servidores públicos de denunciar las conductas delictivas a las autoridades judiciales correspondientes, así como tampoco el uso de documentos confiscados en el curso de procesos administrativos para sustentar dichas denuncias*¹⁰⁶. [Traducción del Comité]

86. El Tribunal analizó entonces el derecho colombiano¹⁰⁷. Sostuvo lo siguiente:

*Al hacer entrega de los Documentos en Disputa a la ANDJE, incluso en cumplimiento del Convenio [de 13 de junio de 2017] la SIC podría haber incurrido en una desviación de poder: el uso legal de sus facultades de investigación con un propósito (adicional) distinto a aquellos por los cuales fueron otorgadas*¹⁰⁸. [Traducción del Comité]

¹⁰³ RP2, nota 67, *supra*, párrs. 68-69 (AAE-1).

¹⁰⁴ RP2, nota 67, *supra*, párr. 70 (AAE-1).

¹⁰⁵ RP2, nota 67, *supra*, párr. 70 (AAE-1).

¹⁰⁶ RP2, nota 67, *supra*, nota al pie 64 (AAE-1).

¹⁰⁷ RP2, nota 67, *supra*, párrs. 71-74 (AAE-1).

¹⁰⁸ RP2, nota 67, *supra*, párr. 73 (AAE-1).

87. El Tribunal concluyó que “[e]l derecho local confirma la conclusión a la que arribara el Tribunal al amparo del derecho internacional”¹⁰⁹. [Traducción del Comité]
88. El efecto de la RP2 fue que Colombia carecía de la potestad de glosar los Documentos en Disputa de la SIC al expediente junto con el Memorial de Contestación. No obstante, el Tribunal mantuvo abiertas dos alternativas en las cuales los Documentos Confiscados podrían admitirse en el expediente.
89. En primer lugar, sostuvo que Colombia podría intentar procurar la exhibición de los Documentos en Disputa de la SIC a través de la modificación del proceso de exhibición de documentos (dándole a las Partes la oportunidad de presentar nuevas solicitudes de exhibición de documentos, que “sustituyen y reemplacen” a las solicitudes originales de las Partes, mientras estas se encontraren pendientes ante el Tribunal), durante la cual podría resolverse una diferencia sobre si un documento en disputa estaba protegido o no por el privilegio abogado-cliente o de negociación¹¹⁰.
90. El Tribunal especificó, asimismo, que, al invocar el privilegio abogado-cliente o de negociación de un documento que ha sido solicitado, la Parte a quien se lo solicita tiene la opción de identificar al documento en una “*Lista de Documentos Privilegiados*” o puede entregar el documento a la Parte solicitante con la información privilegiada suprimida¹¹¹. El Tribunal delineó los detalles de la etapa de exhibición de documentos modificada en los párrafos 117 a 146 de la RP2. Haciendo uso de las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, 2010 (las “**Reglas de la IBA**”), el Tribunal detalló los criterios y requisitos procesales para la exhibición de documentos y requirió la exhibición de cronogramas Redfern en las cuales se pudieran presentar solicitudes de exhibición y objeciones basadas en, por ejemplo, el privilegio abogado-cliente o de negociación¹¹². El anexo de la Resolución Procesal contenía un

¹⁰⁹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 74 (AAE-1).

¹¹⁰ RP2, nota 67, *supra*, párr. 113 (AAE-1).

¹¹¹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 129 (AAE-1).

¹¹² RP2, nota 67, *supra*, párr. 127 (AAE-1).

calendario modificado (posteriormente acordado por las Partes¹¹³) que debía seguirse en la nueva etapa de exhibición de documentos¹¹⁴.

91. En segundo lugar, el Tribunal sostuvo que las reglas que había establecido “*relativas a la admisibilidad de la prueba obtenida por las Demandantes en el curso de la indagación administrativa de Colombia ... no aplican per se a la prueba obtenida en procesos judiciales de carácter penal*”¹¹⁵ [Traducción del Comité]. Distinguió entre una investigación llevada a cabo por “*una autoridad administrativa que inicia una investigación y usa sus potestades para obligar a los ciudadanos a que exhiban pruebas*” y “*una autoridad judicial independiente, que investiga delitos en pos del bienestar público y aporta prueba al expediente en sede penal*”¹¹⁶. [Traducción del Comité]
92. Entonces detectó el siguiente dilema:

*Si bien las determinaciones de hecho o las conclusiones de derecho de los tribunales penales colombianos no resultan vinculantes para el Tribunal de Arbitraje, la investigación penal bien podría resultar en la producción de prueba o en la conclusión de cuestiones que son relevantes para el presente arbitraje de inversión. Por consiguiente, podría suceder que, en el curso de la investigación penal, se adopten decisiones o se produzca prueba que ninguna de las Partes desea traer a la atención del tribunal que entiende en el arbitraje de inversión. La cuestión es cómo hacerlo en salvaguarda de los principios básicos de justicia, buena fe e igualdad de armas*¹¹⁷. [Traducción del Comité]

93. A la luz de lo que antecede, el Tribunal adoptó el siguiente régimen:

Decisiones de tribunales penales: las decisiones adoptadas por los tribunales penales colombianos, que podrían potencialmente impactar en el presente procedimiento, podrán ser libremente presentadas por las Partes, sujeto a la regla establecida en el párr. 17 (3) de la Resolución Procesal No. 1¹¹⁸;

Prueba de cargo: la situación es más compleja en cuanto a la prueba y el Tribunal no ha sido lo suficientemente informado en este aspecto —la decisión particular

¹¹³ Laudo, párr. 30.

¹¹⁴ RP2, nota 67, *supra*, págs. 31-32 (AAE-1).

¹¹⁵ RP2, nota 67, *supra*, párr. 87 (AAE-1).

¹¹⁶ RP2, nota 67, *supra*, párr. 87 (AAE-1).

¹¹⁷ RP2, nota 67, *supra*, párr. 88 (AAE-1).

¹¹⁸ El párr. 17.3 de la Resolución Procesal No. 1 de 4 de noviembre de 2016 del Tribunal se refería al plazo de presentación y excluía la presentación tardía sin permiso del Tribunal (AAE-6).

*podría depender de un análisis casuístico de los documentos. Por consiguiente, como medida precautoria, el Tribunal decide que, cuando una Parte desee presentar pruebas recolectadas en el marco de un proceso penal tramitado en Colombia, deberá primero procurar la autorización del Tribunal de Arbitraje (con una breve descripción de la prueba que permita el Tribunal analizar su relevancia, sin presentar la prueba). El Tribunal emitirá una decisión al respecto, tras oír a la contraparte*¹¹⁹. [Traducción del Comité]

94. Colombia podría entonces solicitar la presentación de “*pruebas recolectadas en el marco de un proceso penal tramitado en Colombia*”¹²⁰ [Traducción del Comité]. El Tribunal, no obstante, reconoció que ambas Partes coincidían en que las “*comunicaciones de cualquier tipo entre las Demandantes y los abogados externos nombrados a fin de procurar o proporcionar asesoramiento legal*” eran privilegiadas y estaban sujetas al “*régimen de exclusión*”¹²¹ [Traducción del Comité]. El Tribunal consideró que era “*de suma importancia para la integridad de este procedimiento [es decir, el arbitraje]*” que si esos documentos habían llegado a las manos de las autoridades colombianas en el curso de la investigación penal apropiada, se adoptaran medidas para garantizar que el abogado de Colombia en el arbitraje y los oficiales de la ANDJE no vean esos documentos¹²² e invitó a Colombia a comunicar, dentro de un plazo de quince días, las medidas que planeaba adoptar¹²³.

(3) Las Medidas Adoptadas por las Partes tras la Resolución Procesal No. 2

95. El 14 de noviembre de 2017, Colombia escribió al Tribunal y expresó sus “serias reservas” respecto de la RP2, reservándose todos los derechos¹²⁴. Se quejó de que, al excluir los Documentos en Disputa de la SIC, el Tribunal se había excedido manifiestamente en sus facultades, no motivó su decisión y se apartó seriamente de una norma fundamental de procedimiento¹²⁵. Colombia sostuvo que los documentos que habían sido excluidos por el

¹¹⁹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 89 (AAE-1).

¹²⁰ RP2, nota 67, *supra*, párr. 89 (AAE-1).

¹²¹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 90 (AAE-1).

¹²² RP2, nota 67, *supra*, párr. 92 (AAE-1).

¹²³ RP2, nota 67, *supra*, párr. 94 (AAE-1).

¹²⁴ Carta de Colombia al Tribunal, 14 de noviembre de 2017 (“Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017”), pág. 1 (C-283/R-275).

¹²⁵ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra*, pág. 2 (C-283/R-275).

Tribunal en la RP2 habían sido obtenidos legalmente¹²⁶ y que la SIC había actuado de conformidad con su deber al entregarlas a la ANDJE¹²⁷. No obstante, Colombia manifestó que cumpliría “*bajo protesta*” las instrucciones de la RP2¹²⁸. En particular, la carta detallaba las medidas propuestas por Colombia en aras de garantizar que el abogado de Colombia y la ANDJE no vieran los documentos que habían sido recolectados en el curso de la investigación criminal y que estaban protegidos por el privilegio legal. Esas medidas incluían el nombramiento de un abogado independiente encargado de evaluar si esos documentos eran “*comunicaciones de cualquier tipo entre las Demandantes y los abogados externos nombrados a fin de procurar o proporcionar asesoramiento legal*”¹²⁹ [Traducción del Comité]. El abogado independiente era el Sr. Camilo Enciso, un ex Secretario de Transparencia de la Presidencia de Colombia¹³⁰.

96. El 16 de noviembre de 2017, Colombia presentó un Memorial de Contestación revisado que omitía toda referencia a los Documentos en Disputa de la SIC y no adjuntó ninguno de ellos como anexo¹³¹.
97. De conformidad con el procedimiento establecido en la RP2, el 14 de diciembre de 2017, las Partes presentaron sus respectivas solicitudes de exhibición de documentos a consideración del Tribunal¹³². Colombia realizó treinta y nueve solicitudes de exhibición¹³³.
98. El 4 de enero de 2018, el Tribunal dictó la Resolución Procesal No. 3 (“**RP3**”), en la que aceptó veintitrés de las treinta y nueve solicitudes de Colombia, aunque redujo el alcance de varias de ellas¹³⁴.

¹²⁶ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra*, pág. 2 (C-283/R-275).

¹²⁷ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra*, pág. 3 (C-283/R-275).

¹²⁸ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra*, pág. 4 (C-283/R-275).

¹²⁹ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra*, pág. 5 (C-283/R-275), que cita la RP2, nota 67, *supra*, párr. 90 (AAE-1).

¹³⁰ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra*, pág. 5 (C-283/R-275).

¹³¹ Laudo, párr. 32.

¹³² Laudo, párr. 33.

¹³³ Laudo, párr. 94.

¹³⁴ Resolución Procesal No. 3 del Tribunal, 4 de enero de 2018 (“**RP3**”) (AAE-8); Laudo, párr. 99.

99. El 5 de febrero de 2018, Glencore y Prodeco exhibieron un total de 366 documentos a Colombia, y señalaron que habían “*realizado una búsqueda razonable y de buena fe en sus documentos y habían identificado y exhibido los documentos no privilegiados que se encontraban en su posesión, custodia y control de conformidad con las instrucciones del Tribunal*” (los “**Documentos Exhibidos**”¹³⁵) [Traducción del Comité]. Glencore y Prodeco, no obstante, invocaron el “*privilegio abogado-cliente o de negociación*” con respecto a 159 documentos¹³⁶. Algunos de los Documentos Exhibidos se entregaron a Colombia con supresiones (los “**Documentos con Supresiones**”¹³⁷). Además, Glencore exhibió una Lista de Documentos Privilegiados (la “**Lista de Documentos Privilegiados**”), que identificaba la fecha, el remitente y contenía una descripción sumaria de los documentos que se habían clasificado como de respuesta a las solicitudes de Colombia y que habían sido retenidos por Glencore sobre la base de que estaban sujetos a un privilegio legal o de negociación (los “**Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados**”). Se hará referencia a los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados y los Documentos con Supresiones como los “**Documentos en Disputa**”¹³⁸.
100. Colombia objetó los argumentos sobre privilegio. El 23 de febrero de 2018, Colombia escribió al Tribunal para manifestar que Glencore y Prodeco habían hecho caso omiso de las directivas procesales establecidas en la RP2 al plantear la cuestión del privilegio recién después de la decisión del Tribunal en la RP3 y no al momento del intercambio de sus respectivos Cronogramas Redfern el 7 de diciembre de 2017, para cuya etapa, según Colombia, Glencore y Prodeco habían “*renunciado a todo derecho a invocar privilegios*”¹³⁹. En cualquier caso, agregó Colombia, no había derecho alguno a privilegios¹⁴⁰. Según Colombia, ninguno de los Documentos con Supresiones y sólo 18 de los 159 Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados fueron enviados o recibidos

¹³⁵ Carta de las Demandantes a Colombia, 5 de febrero de 2018 (“Carta de las Demandantes de 5 de febrero de 2018”), pág. 1 (**R-283**).

¹³⁶ Carta de las Demandantes de 5 de febrero de 2018, nota 135, *supra*, pág. 1 y Anexo 1 (**R-283**).

¹³⁷ Carta de las Demandantes al CIADI, 2 de marzo de 2018 (“Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018”), págs. 2-3 (**R-277**); RP6, nota 73, *supra*, párr. 46 (“**AAE-10**”).

¹³⁸ Véase, no obstante, nota 79 *supra*.

¹³⁹ Carta de Colombia al CIADI, 23 de febrero de 2018 (“Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018”), pág. 3 (**R-272**) (**R-272**).

¹⁴⁰ Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 3 (**R-272**).

por los abogados externos de Prodeco¹⁴¹. Como tales, únicamente estos 18 documentos pudieron considerarse privilegiados con arreglo a las normas del derecho internacional¹⁴². En su mayoría, el resto fueron enviados o recibidos por las abogadas internas de Prodeco, la Sra. Natalia Anaya y la Sra. María Margarita (Paca) Zuleta¹⁴³. Según Colombia, el privilegio de negociación “no existe” y sólo “*las comunicaciones con los abogados externos cuentan con protección*” por secreto profesional conforme al Derecho Internacional o al Derecho Colombiano¹⁴⁴. Por lo tanto, Glencore y Prodeco no podrían haber tenido expectativas de confidencialidad en cuanto a la mayor parte de los documentos¹⁴⁵. Así, Colombia solicitó que se ordenara a Glencore y Prodeco exhibir, “*en el plazo de 48 horas*”, (1) copias de las versiones completas de los Documentos con Supresiones; y (2) los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados, “*eliminando de los documentos intercambiados con los abogados externos sólo las porciones pertinentes en las que se solicitó o se proporcionó asesoramiento jurídico*”¹⁴⁶. [Traducción del Comité]

101. El 2 de marzo de 2018, Glencore y Prodeco respondieron al Tribunal que habían cumplido con todos los términos de la RP3 y le pidieron que desestimara la solicitud de Colombia¹⁴⁷. Sostuvieron que Colombia no había cuestionado ningún elemento específico de la Lista de Documentos Privilegiados. Señalaron que era el derecho internacional el que determinaba si un documento era privilegiado o no y que la decisión de *Vito Gallo*¹⁴⁸ estableció que, conforme al derecho internacional, el privilegio se extendía a las comunicaciones con los abogados internos a los fines de solicitar o recibir asesoramiento jurídico¹⁴⁹. Glencore y Prodeco manifestaron que “[e]n línea con este enfoque, las Demandantes exhibieron 35 documentos que contenían comunicaciones con abogados

¹⁴¹ Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 9 (R-272).

¹⁴² Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 12 (R-272).

¹⁴³ Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 11 (R-272).

¹⁴⁴ Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 11 (R-272).

¹⁴⁵ Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 11 (R-272).

¹⁴⁶ Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra*, pág. 14 (R-272).

¹⁴⁷ Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra*, pág. 2 (R-277); Laudo, párrs. 37, 104.

¹⁴⁸ *Vito G Gallo c. El Gobierno de Canadá*, Resolución Procesal No. 3 de 8 de abril de 2009 (“*Vito Gallo*”) (RL-129).

¹⁴⁹ Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra*, pág. 5 (R-277).

*internos, no preparados a los fines de obtener o prestar asesoramiento jurídico”*¹⁵⁰
[Traducción del Comité]. Agregaron:

*Una lectura minuciosa de la lista de documentos privilegiados confirmará que las Demandantes sólo invocaron privilegios respecto de documentos o comunicaciones que se crearon a los fines de solicitar o recibir asesoramiento jurídico, no aquellos meramente relacionados con las actividades generales de Prodeco. El tema específico respecto del cual se solicitó o recibió asesoramiento jurídico también se identifica en la lista de documentos privilegiados*¹⁵¹. [Traducción del Comité]

La carta también cuestionaba la afirmación de Colombia de que el privilegio abogado-cliente no protegía, conforme al derecho colombiano, las comunicaciones con los abogados internos¹⁵².

102. El 6 de marzo de 2018, el Tribunal escribió a las Partes para indicarles lo siguiente:

La impugnación de cualquier Documento con Supresiones o de cualquier Documento de la Lista de Documentos Privilegiados debe realizarse documento por documento. Por ende, el Tribunal no puede considerar la solicitud general de Colombia respecto de todos los Documentos con Supresiones o respecto de todos los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados.

Con el fin de resolver este incidente de la manera más rápida y eficiente posible, el Tribunal sugiere que las Partes consulten y procuren llegar a un acuerdo respecto de cualquier documento en disputa. Si luego de haber adoptado medidas de buena fe apropiadas para encontrar una solución, ello no fuera posible, el Tribunal no tendrá inconveniente alguno en resolver las solicitudes documento por documento.

*Bajo ninguna circunstancia este incidente servirá como excusa para demorar la audiencia programada desde el 28 de mayo al 4 de junio de 2018*¹⁵³.

103. Mediante carta al Tribunal de fecha 9 de marzo de 2018, Colombia reiteró su protesta de que Glencore y Prodeco habían “*desatendido abiertamente*” las instrucciones y el

¹⁵⁰ Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra*, pág. 5 (R-277).

¹⁵¹ Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra*, pág. 5 (R-277).

¹⁵² Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra*, pág. 6 (R-277).

¹⁵³ Correo electrónico del Tribunal a las Partes, 6 de marzo de 2018 (“Correo electrónico del Tribunal de 6 de marzo de 2018”) (AAE-26); Laudo, párrs. 38, 105.

cronograma procesal establecidos en la RP2, a lo que agregó que el Tribunal, mediante su comunicado de 6 de marzo de 2018, había “*aceptado tácitamente las objeciones extemporáneas basadas en el privilegio, sin indicar motivo alguno*”¹⁵⁴ [Traducción del Comité]. Además, Colombia alegó que, al menos, dos de los argumentos de Colombia en su comunicación de 2 de marzo de 2018 no exigían que el Tribunal se pronunciara “*documento por documento*”. En particular, según Colombia, no era necesario decidir documento por documento para determinar que Glencore y Prodeco habían incumplido con el cronograma fijado por el Tribunal para plantear objeciones a las solicitudes de exhibición, establecidas en la RP2, y que los documentos enviados o recibidos por los abogados internos no eran privilegiados¹⁵⁵.

104. Con respecto a las comunicaciones entre Prodeco y sus abogados internos, Colombia sostuvo que Prodeco había renunciado a todo privilegio al que podría haber tenido derecho al permitir a dichos abogados presentar pruebas en procedimientos ante los tribunales colombianos¹⁵⁶.
105. Colombia también informó al Tribunal que recientemente la ANDJE había tomado conocimiento de que la FGN¹⁵⁷ había obtenido copias de los archivos en poder de la SIC “*en el marco de una investigación penal sobre las ilegalidades en torno al Otrosí No. 8*”¹⁵⁸ y que, de conformidad con la carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017¹⁵⁹, ni los abogados de Colombia ni la ANDJE habían visto estos archivos. Sin embargo, en referencia al párr. 89 de la RP2, Colombia solicitó “*las instrucciones del Tribunal de reunir las pruebas recopiladas por la Fiscalía General y agregarlas al expediente*”¹⁶⁰ [Traducción del Comité]. Esta cuestión fue distinta a la controversia sobre privilegio y fue finalmente abordada por el Tribunal en la RP6; se analiza en los párrs. 143-151, *infra*.

¹⁵⁴ Carta de Colombia al CIADI, 9 de marzo de 2018 (“Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018”), pág. 1 (R-273).

¹⁵⁵ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra*, pág. 1 (R-273); Laudo, párr. 106.

¹⁵⁶ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra*, pág. 3 (R-273).

¹⁵⁷ Véase párr. 72, *supra*.

¹⁵⁸ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra*, págs. 4-5 (R-273).

¹⁵⁹ Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra* (C-283/R-275); véase párr. 95, *supra*.

¹⁶⁰ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra*, pág. 5 (R-273).

106. Colombia agregó que entendía que “*el Tribunal insistió en no posponer la audiencia programada para el período comprendido entre el 28 de mayo y el 4 de junio de 2018*” (la “**Audiencia de Arbitraje**”), y señaló que la propia Colombia también “*se opondría a cualquier solicitud de reprogramación de la Audiencia*”¹⁶¹. [Traducción del Comité]
107. Glencore y Prodeco respondieron mediante carta de fecha 12 de marzo de 2018¹⁶². Sostuvieron que Colombia había malinterpretado el comunicado del Tribunal de 6 de marzo de 2018, el cual no había admitido la reclamación de privilegio sino que meramente estableció el procedimiento por el cual se resolvería dicha reclamación¹⁶³.
108. También, el 12 de marzo de 2018, Colombia envió a Glencore y Prodeco sus comentarios sobre los elementos de la Lista de Documentos Privilegiados¹⁶⁴.
109. El 17 de marzo de 2018, el Tribunal escribió a las Partes que aún no había emitido una decisión respecto de la reclamación de privilegio y reiteró que, si las Partes no podían llegar a un acuerdo acerca de los documentos individuales, el Tribunal estaba dispuesto a “*resolver la cuestión documento por documento*”¹⁶⁵. [Traducción del Comité]
110. Mediante carta de fecha 27 de marzo de 2018, Colombia informó al Tribunal que las partes no habían logrado ponerse de acuerdo con respecto a la exhibición los Documentos con Supresiones y aquellos incluidos en la Lista de Documentos Privilegiados, y solicitaron que el Tribunal ordenase a Glencore y Prodeco exhibir los Documentos en Disputa¹⁶⁶. Colombia afirmó que Glencore y Prodeco habían denegado su solicitud de identificar cuáles de los documentos de la Lista de Documentos Privilegiados estaban entre los Documentos en Disputa de la SIC y que esta negativa había obstaculizado el proceso de exhibición de documentos¹⁶⁷. Colombia adjuntó a la carta un anexo que incluía la lista de documentos privilegiados con dos columnas adicionales que contenían la respuesta de

¹⁶¹ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra*, pág. 4 (**R-273**).

¹⁶² Carta de las Demandantes al CIADI, 12 de marzo de 2018 (“Carta de las Demandantes de 12 de marzo de 2018”) (**AAE-28**).

¹⁶³ Carta de las Demandantes de 12 de marzo de 2018, nota 162, *supra*, pág. 1 (**AAE-28**).

¹⁶⁴ Carta de Colombia a las Demandantes, 12 de marzo de 2018 (**AAE-27**).

¹⁶⁵ Correo electrónico del Tribunal a las Partes, 17 de marzo de 2018 (“Correo electrónico del Tribunal de 17 de marzo de 2018”) (**AAE-11**).

¹⁶⁶ Carta de Colombia al CIADI, 27 de marzo de 2018 (“Carta de Colombia de 27 de marzo de 2018”) (**RAE-2**).

¹⁶⁷ Carta de Colombia de 27 de marzo de 2018, nota 166, *supra*, pág. 1 (**RAE-2**).

Colombia documento por documento a la invocación de privilegio y las respuestas de Glencore y Prodeco¹⁶⁸.

(4) Resolución Procesal No. 4 (24 de abril de 2018)

111. El Tribunal resolvió la controversia sobre privilegio en su Resolución Procesal No. 4 de 24 de abril de 2018. Después de resumir los argumentos de las partes, el Tribunal identificó tres cuestiones que debía resolver:

- Si las Demandantes no habían realizado las actuaciones apropiadas para presentar su Lista de Documentos Privilegiados;
- Si el privilegio abogado-cliente se extendía a los abogados internos; y
- Si las Demandantes invocaron el privilegio de negociación correctamente respecto de los Documentos en Disputa¹⁶⁹.

112. El Tribunal concluyó que el derecho aplicable a esas cuestiones era el derecho internacional:

Las Partes fundaron sus escritos, en primer lugar, en el derecho internacional¹⁷⁰ y, en subsidio, en el derecho local. Este enfoque es coherente con el TBI y el Convenio del CIADI: mientras el TBI Colombia-Suiza no contiene ninguna disposición con respecto al derecho sustantivo aplicable, el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI establece que, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado Contratante que sea parte en la diferencia y las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables¹⁷¹. [Traducción del Comité]

113. El Tribunal compartió la opinión del tribunal de *Vito Gallo*¹⁷² de que “los conceptos jurídicos locales de privilegio abogado-cliente se encuentran reconocidos y protegidos por el derecho internacional”¹⁷³ [Traducción del Comité]. También, sostuvo que el concepto de privilegio de negociación se encontraba protegido por el derecho internacional¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Carta de Colombia de 27 de marzo de 2018, nota 166, *supra*, Anexo A (RAE-2).

¹⁶⁹ RP4, nota 72, *supra*, párr. 35 (AAE-9).

¹⁷⁰ Citando Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra* (R-277) y Carta de Colombia de 23 de febrero de 2018, nota 139, *supra* (R-272).

¹⁷¹ RP4, nota 72, *supra*, párr. 37 (AAE-9).

¹⁷² Véase *Vito Gallo*, nota 148, *supra*, párr. 41 (RL-129).

¹⁷³ RP4, nota 72, *supra*, párr. 38 (AAE-9).

¹⁷⁴ RP4, nota 72, *supra*, párr. 39 (AAE-9).

114. Además, el Tribunal hizo referencia al Artículo 44 del Convenio del CIADI, según el cual “[c]ualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes” será resuelta por el tribunal¹⁷⁵ y las Reglas de la IBA¹⁷⁶.
115. El Tribunal consideró que Glencore y Prodeco no habían cumplido con la RP2 en cuanto al momento en el que invocaron el privilegio, pero que ello no privó a Colombia de sus derechos procesales ni impidió una presentación completa de las distintas posiciones de las Partes acerca de las cuestiones que debían atenderse¹⁷⁷. Es por eso que rechazó el argumento de Colombia de que la reclamación de privilegio debía desestimarse *in limine*¹⁷⁸.
116. Con respecto a la cuestión de si el derecho internacional consideraba privilegiadas las comunicaciones con abogados internos a los fines de solicitar o recibir asesoramiento jurídico, el Tribunal resolvió que el hecho de que las comunicaciones entre abogado y cliente fueran privilegiadas no dependía de la condición del abogado sino de que la comunicación en cuestión reuniera cuatro condiciones: (i) que el documento estuviera redactado por un abogado en calidad de tal; (ii) que entre el abogado y el cliente existiera una relación abogado-cliente basada en la confianza; (iii) que el documento hubiera sido elaborado a los fines de obtener o brindar asesoramiento jurídico; y (iv) que el abogado y el cliente, al brindar u obtener asesoramiento jurídico, hubieran actuado con la expectativa de que se mantuviera la confidencialidad del asesoramiento ante cualquier conflicto¹⁷⁹.
117. El Tribunal señaló que ni en *Vito Gallo* ni en las Reglas de la IBA se distinguía entre abogados internos y externos, y citó la decisión de *Reineccius c. Banco de Pagos Internacionales*, según la cual el privilegio se extendía a “*las comunicaciones legales... entre un abogado (interno o externo) y aquellas personas que recibían asesoramiento jurídico a los fines de tomar dicha decisión o en vista de ella*”¹⁸⁰. El Tribunal concluyó

¹⁷⁵ RP4, nota 72, *supra*, párr. 40 (AAE-9).

¹⁷⁶ RP4, nota 72, *supra*, párr. 41 (AAE-9).

¹⁷⁷ RP4, nota 72, *supra*, párr. 46 (AAE-9).

¹⁷⁸ RP4, nota 72, *supra*, párr. 47 (AAE-9).

¹⁷⁹ RP4, nota 72, *supra*, párr. 54 (AAE-9).

¹⁸⁰ *Reineccius c. Banco de Pagos Internacionales*, Resolución Procesal No. 6 de 11 de junio de 2002, UNRIAA vol. XXIII, pág. 180 (“*Reineccius*”).

que el derecho internacional no hacía esa distinción, en tanto los documentos en cuestión cumplieran con las condiciones enunciadas en el párrafo anterior. Concluyó que “*resolver lo contrario implicaría una discriminación injustificada frente a las partes que acuden a abogados internos para que las representen en procedimientos de arbitraje de inversiones o les brinden asesoramiento sobre cuestiones que pueden adquirir relevancia en dichos procedimientos*”¹⁸¹. [Traducción del Comité]

118. El Tribunal procedió a considerar la posición conforme al derecho colombiano y advirtió las distintas conclusiones que sacaron las Partes a partir de las autoridades presentadas. Concluyó que habría arribado a la misma conclusión de que las comunicaciones que cumplen con las cuatro condiciones se encontraban protegidas por la legislación colombiana, sin perjuicio de que fueran con abogados internos o externos¹⁸².
119. A la luz de sus conclusiones sobre derecho internacional y derecho colombiano, el Tribunal sostuvo que:

*... es razonable suponer que, al recibir consultas con el objeto de obtener asesoramiento jurídico y al proporcionar dicho asesoramiento, los abogados internos de las Demandantes actuaron con la expectativa de que se protegería el privilegio abogado-cliente. La Demandada no ha presentado pruebas para demostrar lo contrario*¹⁸³. [Traducción del Comité]

120. El Tribunal también rechazó el argumento de Colombia de que se había renunciado al privilegio. Si bien aceptaba que el cliente podía “*renunciar al secreto profesional de sus abogados internos o externos*”¹⁸⁴ [Traducción del Comité], sostuvo que no hubo una renuncia de ese tipo en el caso de marras, ya sea por la acción de Prodeco al solicitar documentos privilegiados a Colombia¹⁸⁵ o al permitir que sus abogados internos declararan, dado que no divulgaron ningún tipo de asesoramiento jurídico¹⁸⁶.

¹⁸¹ RP4, nota 72, *supra*, párr. 55 (AAE-9).

¹⁸² RP4, nota 72, *supra*, párrs. 57-63 (AAE-9).

¹⁸³ RP4, nota 72, *supra*, párr. 67 (AAE-9).

¹⁸⁴ RP4, nota 72, *supra*, párr. 68 (AAE-9).

¹⁸⁵ RP4, nota 72, *supra*, párr. 72 (AAE-9).

¹⁸⁶ RP4, nota 72, *supra*, párr. 73 (AAE-9).

121. El Tribunal defendió el principio de privilegio de negociación. Advirtió que no se había reclamado el privilegio de negociación de documentos para los que tampoco se invocó el privilegio abogado-cliente¹⁸⁷. Sin embargo, señaló que, si en teoría pudiera existir algún privilegio de negociación respecto de documentos para los que el privilegio abogado-cliente resultara inaplicable, correspondía pronunciarse sobre el reclamo de privilegio de negociación¹⁸⁸. El Tribunal consideró que el privilegio de negociación se había invocado correctamente¹⁸⁹. No obstante, es innecesario que el Comité considere ese aspecto de la decisión del Tribunal.

122. En consecuencia, el Tribunal ordenó al abogado principal de Glencore y Prodeco:

Presentar, a más tardar, el 27 de abril de 2018 una declaración jurada que indique que cada uno de los Documentos en Disputa cumple con los Requisitos antes mencionados, y

Presentar para esa misma fecha, sin supresiones, cualquiera y todos los Documentos en Disputa que no cumplan con los Requisitos¹⁹⁰. [Traducción del Comité]

123. Además, el Tribunal de Arbitraje estableció una fecha de corte para agregar nuevas pruebas o presentar escritos adicionales en este procedimiento, a saber:

Después del 11 de mayo de 2018, no podrán agregarse al expediente nuevos escritos o pruebas, salvo lo dispuesto en el siguiente párrafo.

Si, en circunstancias excepcionales y por razones imprevistas, cualquiera de las Partes considera que es sumamente importante hacer una excepción a la regla, solicitará autorización, indicando los motivos correspondientes y sin adjuntar los nuevos escritos o pruebas. Después de oír a la otra Parte, el Tribunal decidirá. Toda presentación adicional de escrito o prueba en violación de esta disposición se desestimar¹⁹¹. [Traducción del Comité]

¹⁸⁷ RP4, nota 72, *supra*, párr. 77, citando la Carta de las Demandantes de 2 de marzo de 2018, nota 137, *supra*, pág. 11 (R-277).

¹⁸⁸ RP4, nota 72, *supra*, párr. 78 (AAE-9).

¹⁸⁹ RP4, nota 72, *supra*, párrs. 83-91 (AAE-9).

¹⁹⁰ RP4, nota 72, *supra*, párr. 95 (AAE-9). Luego, el plazo se prorrogó.

¹⁹¹ RP4, nota 72, *supra*, párrs. 98-99 (AAE-9).

(5) *Desarrollos Posteriores a la Resolución Procesal No. 4*

(a) *La Reclamación de Privilegio*

124. El 30 de abril de 2018, el abogado principal de Glencore y Prodeco (el Sr. Nigel Blackaby, QC) presentó una declaración jurada en la que manifestó:

*Conforme a la Resolución Procesal No. 4 de fecha 24 de abril de 2018 y la comunicación del Tribunal de 27 de abril de 2018, confirmando haber revisado todos los Documentos en Disputa respecto de los cuales las Demandantes [es decir, Glencore y Prodeco] han invocado privilegio, tal como se identifica en la Lista de Documentos Privilegiados adjunta a la carta de las Demandantes de fecha 5 de febrero de 2018 (**Lista de Documentos Privilegiados**).*

Confirmando que cada uno de los Documentos en Disputa respecto de los que las Demandantes invocaron privilegio cumplen con los Requisitos enunciados en el párrafo 54 de la Resolución Procesal No. 4, excepto... dos documentos¹⁹². [Traducción del Comité]

125. La declaración jurada brindó algunos detalles de dos documentos adjuntos a dicha declaración. Al Comité no le queda claro si luego Colombia se amparó en estos documentos o si estuvieron entre los Documentos en Disputa de la SIC.
126. Mediante carta de fecha 7 de mayo de 2018, Colombia escribió a Glencore y Prodeco para manifestar que había identificado veinticuatro de los Documentos en Disputa que, en su opinión, Glencore debía exhibir en respuesta a las instrucciones del Tribunal en la RP3. Estos documentos, según Colombia, (i) respondían a sus solicitudes de exhibición aprobadas, de manera sucinta, por la RP3; y (ii) no estaban alcanzados por los requisitos establecidos por el Tribunal en la RP4 para la aplicación de los privilegios abogado-cliente y de negociación¹⁹³. Por lo tanto, Colombia solicitó la exhibición de estos documentos por parte de Glencore. Los veinticuatro documentos objeto de esta solicitud se detallaron en una lista adjunta como “Anexo A” a la carta de Colombia (los “**Documentos del**

¹⁹² Declaración Jurada del Sr. Nigel Blackaby QC, 30 de abril de 2018, párrs. 3-4. La Declaración Jurada, que formó parte del expediente ante el Tribunal, no se exhibió en el procedimiento de anulación pero ambas Partes aludieron a ella en la audiencia ante el Comité y, por ende, el Comité considera apropiado citarla en la Decisión.

¹⁹³ Carta de Colombia al CIADI, 11 de mayo de 2018 (“Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018”), pág. 41 (AAE-12).

Anexo A”). Resulta que los veinticuatro documentos estaban entre los cuarenta y un Documentos en Disputa de la SIC¹⁹⁴.

127. El 10 de mayo de 2018, Glencore y Prodeco escribieron para rechazar la solicitud de Colombia¹⁹⁵. En esta comunicación, señalaron que:

... sólo 6 de los 24 Documentos Excluidos ahora solicitados estaban realmente incluidos en la Lista de Documentos Privilegiados de las Demandantes. Uno de los documentos solicitados ya se había divulgado. Las Demandantes no invocaron ningún privilegio respecto de los documentos restantes porque no se requirió su exhibición. Los documentos no respondían a las solicitudes de documentos de Colombia, acotadas por el Tribunal en la Resolución Procesal No. 3. En consecuencia, las Demandantes [Glencore] no los exhibieron y no tenían la necesidad de decidir si debían invocar privilegio alguno respecto de ellos¹⁹⁶. [Traducción del Comité]

128. El 11 de mayo de 2018, Colombia escribió para remitir el asunto al Tribunal. Mediante su carta, a la que se adjuntó la correspondencia mencionada *supra* entre las Partes, Colombia solicitó que el Tribunal revisara los Documentos del Anexo A y los motivos de Colombia, allí detallados, de por qué Glencore debía exhibir dichos documentos¹⁹⁷. Al igual que antes, Colombia alegó que estos documentos respondían a sus solicitudes de exhibición de documentos y no estaban protegidos por el privilegio abogado-cliente o el privilegio de negociación, y, como tales, debían ser exhibidos por Glencore. Colombia aseveró que la negativa de Glencore a exhibir los documentos solicitados porque “*los documentos no respondían a las solicitudes de documentos de Colombia*” era “hipócrita” dado que:

al preparar su solicitud de exhibición de documentos, Colombia ya estaba al tanto de la existencia de categorías de documentos (como los Documentos en Disputa) que eran relevantes para su caso y, por lo tanto, elaboró sus solicitudes de manera tal de cubrir tales Documentos¹⁹⁸. [Traducción del Comité]

¹⁹⁴ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 9, nota al pie 1 (AAE-12).

¹⁹⁵ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 7 (AAE-12).

¹⁹⁶ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 7 (AAE-12).

¹⁹⁷ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 5 (AAE-12); Laudo, párrs. 54, 125.

¹⁹⁸ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 4 (AAE-12).

129. Por lo tanto, Colombia pidió al Tribunal que ordenara a Glencore exhibir los documentos enunciados en su Anexo A y los agregara al expediente¹⁹⁹. El Anexo A se convirtió en un Cronograma Redfern en el cual Colombia expuso sus argumentos acerca de por qué cada documento respondía a una de las solicitudes de Colombia y no estaba protegido por el privilegio abogado-cliente o de negociación. La respuesta de Glencore y Prodeco a estos argumentos se brindó en la última columna del Cronograma. En subsidio, Colombia indicó que no se opondría a que el Tribunal designara un abogado especializado en resolución de conflictos (es decir, un inspector de privilegios) para que analizara dichos documentos²⁰⁰.
130. El 14 de mayo de 2018, Glencore y Prodeco presentaron su contestación a la solicitud de Colombia de 11 de mayo y solicitaron al Tribunal que rechazara la solicitud de Colombia de que se admitieran los Documentos del Anexo A en tanto, en cada caso, el documento solicitado estaba sujeto a privilegio o no respondía a las solicitudes de Colombia de 14 de diciembre de 2017 (véase párr. 97, *supra*) y fue tratado por el Tribunal en la RP3²⁰¹.
131. El 15 de mayo de 2018, Colombia se dirigió por escrito al Tribunal extendiéndose en su solicitud de 11 de mayo relativa a los Documentos del Anexo A²⁰². Glencore y Prodeco contestaron este comunicado mediante una carta dirigida al Tribunal de fecha 17 de mayo de 2018, en la que reiteraron su petición de que el Tribunal rechazara la solicitud de Colombia de incorporar al expediente los Documentos del Anexo A y se opusieron a la propuesta alternativa de Colombia de someter la cuestión a un abogado especializado en resolución de conflictos²⁰³.

¹⁹⁹ Laudo, párr. 54.

²⁰⁰ Laudo, párr. 54.

²⁰¹ Carta de las Demandantes al CIADI, 14 de mayo de 2018 (“Carta de las Demandantes de 14 de mayo de 2018”) (AAE-33); Laudo, párr. 55.

²⁰² Carta de Colombia al CIADI, 15 de mayo de 2018 (“Carta de Colombia de 15 de mayo de 2018”) (AAE-34); Laudo, párrs. 56, 128.

²⁰³ Carta de las Demandantes al CIADI, 17 de mayo de 2018 (“Carta de las Demandantes de 17 de mayo de 2018”) (AAE-35); Laudo, párrs. 56, 129.

(b) *Los Documentos de la FGN*

132. En el párrafo 89 de la RP2 (párr. 93, *supra*), el Tribunal exigía que, si una Parte deseaba agregar al expediente “*pruebas reunidas en un proceso penal en Colombia*”, debía solicitar permiso al Tribunal.
133. Como ya se ha señalado (párr. 105, *supra*), en su carta de 9 de marzo de 2018, Colombia solicitó “*instrucciones al Tribunal para reunir las pruebas recopiladas por el Fiscal General [la FGN] y agregarlas al expediente*”²⁰⁴.
134. En su carta de 12 de marzo de 2018, Glencore y Prodeco protestaron contra el intento de Colombia de incorporar al expediente los documentos confiscados por la SIC con motivo de que ahora se encontraban en posesión de la FGN²⁰⁵. Exigieron que el Sr. Enciso revisara los documentos, conforme a la carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, de manera de excluir los documentos mencionados en la RP 2, y que Colombia les brindara al Tribunal y a ellos una lista detallada de estos documentos.
135. El Tribunal abordó esta cuestión en su carta de 17 de marzo de 2018, en la cual dispuso lo siguiente:

Todos los documentos recopilados por la Fiscalía General que la Demandada desee agregar al expediente de este procedimiento deberán entregarse al Sr. Enciso, el abogado especial designado por la Demandada. El Sr. Enciso debe excluir de los documentos recibidos las Comunicaciones de Carácter Confidencial de los Abogados (RP2, párr. 94; carta de la Demandada de 14 de noviembre de 2017). El Tribunal recomienda que el Sr. Enciso lleve un registro escrito de su proceso de filtrado.

Una vez filtrados, los documentos podrán entregarse al abogado de la Demandada (Dechert), quien luego podrá presentar una solicitud documento por documento conforme al párr. 89(2) de la RP2. Dicha solicitud deberá identificar el documento por su fecha, nombres del emisor y del destinatario, y asunto, y especificar si el documento contiene o hace referencia a asesoramiento jurídico de cualquier índole y si es uno de los Documentos en Disputa (según se definen en la RP2). La solicitud no incluirá el documento en cuestión.

²⁰⁴ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra*, pág. 4 (R-273).

²⁰⁵ Carta de las Demandantes de 12 de marzo de 2018, nota 162, *supra*, págs. 2-4 (AAE-28).

*El Tribunal dictará una decisión, después de oír a la Demandante*²⁰⁶.
[Traducción del Comité]

136. En línea con las instrucciones del Tribunal, el 5 de abril de 2018, los Abogados de Colombia enviaron un memorando al Sr. Enciso para informarle acerca de las directivas procesales del Tribunal de reunir y filtrar las pruebas recopiladas por la FGN, y brindarle “una lista de palabras claves que le permitieran realizar búsquedas en la gran cantidad de información recopilada”²⁰⁷. [Traducción del Comité]
137. Luego, mediante carta de fecha 11 de mayo de 2018, Colombia solicitó al Tribunal que agregara al expediente ciertos documentos, especificados en el Anexo C de la carta, que había recopilado la FGN y filtrado el Sr. Enciso de conformidad con las instrucciones del Tribunal (los “**Documentos de la FGN**”²⁰⁸).
138. El 14 de mayo de 2018, Glencore presentó su contestación a la solicitud de Colombia de 11 de mayo y solicitó al Tribunal que denegara la solicitud de admisión de los Documentos de la FGN²⁰⁹. Glencore señaló que estos documentos no constituían pruebas reunidas por los juzgados penales colombianos y que Colombia no había podido demostrar su relevancia para la resolución de la controversia entre las Partes²¹⁰.
139. También, el 14 de mayo de 2018, el Tribunal y las Partes celebraron la audiencia telefónica preliminar, en la cual Colombia se comprometió a proporcionar los Documentos de la FGN a Glencore²¹¹. Acordaron, asimismo, que Glencore presentaría sus comentarios respecto de la solicitud de Colombia de presentar los Documentos de la FGN al Tribunal, a más tardar, el 17 de mayo de 2018 y que, en vista “de que las solicitudes de las Partes requerían acción inmediata”, el Tribunal emitiría una decisión sobre los Documentos de la FGN, a más tardar, el 18 de mayo, y comunicaría “la decisión y el razonamiento completos” con posterioridad a ello²¹².

²⁰⁶ Correo electrónico del Tribunal de 17 de marzo de 2018, nota 165, *supra* (AAE-11).

²⁰⁷ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 2 (AAE-12).

²⁰⁸ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 2 (AAE-12); Solicitud, párr. 72.

²⁰⁹ Carta de las Demandantes de 14 de mayo de 2018, nota 201, *supra* (AAE-33); Laudo, párr. 55.

²¹⁰ Carta de las Demandantes de 14 de mayo de 2018, nota 201, *supra* (AAE-33); Laudo, párrs. 55, 126.

²¹¹ Laudo, párr. 127.

²¹² Laudo, párr. 127.

140. El 15 de mayo de 2018, Colombia se dirigió por escrito al Tribunal extendiéndose en su solicitud de 11 de mayo relativa a los Documentos de la FGN²¹³. Alegó que, según la Constitución Política, la FGN se define como un órgano independiente del “*poder judicial*” y que sus funciones son similares a las de los jueces de instrucción (*juges d’instruction*) en los sistemas penales español y francés. Colombia agregó que la FGN también podía encuadrarse dentro de la definición de “*Fiscalía Independiente*” enunciada en la RP2²¹⁴. Glencore y Prodeco respondieron esta comunicación mediante una carta dirigida al Tribunal de fecha 17 de mayo de 2018, en la cual solicitaron que el Tribunal rechazara la solicitud de Colombia de agregar los Documentos de la FGN al expediente²¹⁵.

(6) La Carta del Tribunal de 18 de Mayo de 2018 y la Resolución Procesal No. 6

141. El 18 de mayo de 2018, el Tribunal escribió a las Partes con respecto a los Documentos del Anexo A, los Documentos de la FGN, y un documento que Glencore y Prodeco habían solicitado que se agregara al expediente. Ante el hecho de que la Audiencia de Arbitraje estaba programada para comenzar en diez días, el Tribunal se expidió sobre las solicitudes y señaló que emitiría una decisión fundada con posterioridad. El tribunal señaló:

El Tribunal de Arbitraje ha decidido no admitir en el expediente ninguno de los documentos solicitados por las Partes por las siguientes razones:

1. La petición de las Demandantes de que se admita el informe técnico identificado en su correo electrónico de 11 de mayo de 2018 es extemporánea, dado que las Demandantes fueron las últimas en presentar un escrito principal.

2. La petición de la Demandada de que se admitan los Documentos de la FGN: los Documentos de la FGN no fueron incorporados al expediente mediante la Exhibición de Documentos y no son parte de una acusación formal en un procedimiento que se tramite ante un tribunal penal colombiano. Por tanto, el Tribunal no encuentra motivo alguno para admitirlos al expediente.

²¹³ Carta de Colombia de 15 de mayo de 2018, nota 202, *supra* (AAE-34).

²¹⁴ Carta de Colombia de 15 de mayo de 2018, nota 202, *supra*, pág. 4 (AAE-34).

²¹⁵ Carta de las Demandantes de 17 de mayo de 2018, nota 203, *supra* (AAE-35); Laudo, párrs. 56, 129.

3. *La petición de la Demandada de que se admitan los Documentos del Anexo A: hay dos tipos de documentos que la Demandada desea que el Tribunal admita al expediente:*

a. documentos que el abogado de las Demandantes ha confirmado que se encuentran sujetos a un privilegio; y

b. documentos que – según el abogado de las Demandantes – no responden a las decisiones adoptadas por el Tribunal en la RP No. 3.

El abogado de las Demandantes tiene la responsabilidad de determinar qué documentos responden a las peticiones de la Demandada (acotadas por el Tribunal) y cuáles se encuentran sujetos a un privilegio. El Tribunal no tiene motivos para cuestionar estas decisiones.

*Se emitirá una decisión completa en los próximos días*²¹⁶.

142. El Tribunal indicó sus motivos en la Resolución Procesal No. 6 el 31 de julio de 2018.

143. Con respecto a los Documentos de la FGN, el Tribunal sostuvo que:

Según la decisión del Tribunal en la RP2, las pruebas provenientes de procedimientos penales deben cumplir tres condiciones para ser admisibles:

- Las pruebas deben “reunirse” o “aportarse” en el curso de un procedimiento penal (i) [citando RP2, párr. 89];*
- Las pruebas no deben estar sujetas a ningún privilegio (ii) [citando RP2, párr. 92];*
- Las pruebas deben ser relevantes y sustanciales para este arbitraje (iii) [citando RP2, párr. 88]²¹⁷. [Traducción del Comité]*

144. El Tribunal recordó que en la RP2:

... el Tribunal distinguió los documentos procurados por una agencia administrativa de los documentos “obtenidos”, “reunidos” o “aportados” en procedimientos judiciales penales, es decir, pruebas obtenidas por

²¹⁶ Laudo, párr. 130.

²¹⁷ RP6, nota 73, *supra*, párr. 99 (AAE-10).

*fiscales o jueces que fundarían una acusación formal*²¹⁸. [Traducción del Comité]

145. El tribunal resolvió que:

*Los Documentos de la FGN no cumplen con esta norma. No fueron “reunidos”, “obtenidos” o “aportados” por la FGN en el marco de actividades investigativas o penales: la SIC simplemente entregó estos documentos a la FGN a instancias de la ANDJE*²¹⁹. [Traducción del Comité]

146. El Tribunal sostuvo que la admisión en el expediente de los documentos confiscados por la SIC, que el Tribunal había excluido en la RP2, por el simple hecho de que se habían entregado a la FGN, “*sería contraria al análisis y la decisión del Tribunal en la RP2*”²²⁰. [Traducción del Comité]

147. Además, el Tribunal observó que las denuncias penales en Colombia atraviesan cuatro fases distintas. Sostuvo que:

*En cualquier caso, el procedimiento penal basado en la denuncia de la ANDJE se encuentra aún en la etapa preliminar, y los Documentos de la FGN no forman parte de una acusación formal en un procedimiento penal ante los juzgados colombianos. Por lo que sabe el Tribunal, la Denuncia no ha pasado la Fase 1, Indagación, y no ha derivado en un procesamiento, que eventualmente daría inicio a la Fase 2: Investigación, y mucho menos una imputación y, posteriormente, acusación de cualquier persona. Por ende, los documentos de la FGN aún no han dado lugar a una acusación formal, ni pueden hacerlo*²²¹. [Traducción del Comité]

148. Es por eso que el Tribunal concluyó que el primer requisito no se cumplió²²² y rechazó la solicitud de Colombia de agregar los documentos al expediente.

149. El Tribunal también rechazó la solicitud de incluir los Documentos del Anexo A del acervo de documentos confiscados por la SIC. El Tribunal señaló que Colombia había alegado

²¹⁸ RP6, nota 73, *supra*, párr. 101 (AAE-10).

²¹⁹ RP6, nota 73, *supra*, párr. 102 (AAE-10).

²²⁰ RP6, nota 73, *supra*, párr. 103 (AAE-10).

²²¹ RP6, nota 73, *supra*, párr. 104 (AAE-10).

²²² RP6, nota 73, *supra*, párrs. 101, 106 (AAE-10).

que, no obstante las presentaciones de Glencore y Prodeco, estos documentos no eran privilegiados y respondían a las solicitudes de Colombia.

150. El Tribunal resolvió lo siguiente:

El abogado de las Demandantes tiene la responsabilidad de determinar cuáles documentos responden a las peticiones de la Demandada (acotadas por el Tribunal [en la RP3]) y cuáles se encuentran sujetos a un privilegio. De igual modo, el abogado de la Demandada tiene la responsabilidad de determinar cuáles documentos responden a las peticiones de las Demandantes y cuáles se encuentran sujetos a un privilegio.

El abogado principal de las Demandantes, en vista de sus responsabilidades y a pedido del Tribunal, ha presentado una declaración jurada por la cual declaró que los documentos incluidos en la Lista de Documentos Privilegiados de las Demandantes cumplen con los Requisitos del párr. 54 de la RP4 sobre Comunicaciones de Carácter Confidencial de los Abogados y Privilegio de Negociación. Las Demandantes entregaron a la Demandada los dos únicos documentos que no cumplían con los Requisitos.

El abogado de las Demandantes realizó su análisis del grado de respuesta y privilegio de los Documentos Excluidos. La Demandada no ha brindado motivos suficientes para que el Tribunal dudara de la exactitud o buena fe de ese análisis²²³. [Traducción del Comité]

151. Por último, el Tribunal señaló que, si cualquiera de las Partes deseara sugerir que el Tribunal realice “*inferencias adversas basadas en la decisión de la contraparte con respecto al grado de respuesta y privilegio de los documentos solicitados*” [Traducción del Comité], debería presentar alegatos detallados en tal sentido en su escrito posterior a la audiencia²²⁴.

(7) El Documento R-100

152. Uno de los documentos que la SIC confiscó originalmente, que se incluyó también en los Documentos del Anexo A y en los Documentos de la FGN terminó haciéndose camino hacia el expediente. Se trataba de una cadena de correos electrónicos, parte de la cual había sido presentada por Colombia junto con el Memorial de Contestación original que se retiró

²²³ RP6, nota 73, *supra*, párrs. 111-113 (AAE-10).

²²⁴ RP6, nota 73, *supra*, párr. 114 (AAE-10).

posteriormente²²⁵. Después del debate en la audiencia que se celebró ante el Tribunal, Glencore y Prodeco convinieron renunciar al privilegio que habían invocado sobre este documento con la condición de que se agregara la cadena de correos electrónicos completa en el expediente²²⁶.

153. Los acontecimientos se desarrollaron de la manera siguiente. Durante el Día 2 de la Audiencia de Arbitraje, el Presidente del Tribunal preguntó si había pruebas que sugirieran la existencia de una relación entre el Sr. Maldonado y el Sr. Ballesteros, cuestión que — según sugiere— era determinante para la alegación de que el pago efectuado por la concesión de las tres hectáreas llevó al Sr. Ballesteros a aceptar el Otrosí No. 8²²⁷. El abogado de Colombia respondió que las pruebas que el Tribunal no había visto establecían el enlace entre la concesión de las tres hectáreas y el Otrosí No. 8, aunque añadió que “*no establece una relación entre Maldonado y Ballesteros*”²²⁸. Luego, añadió:

*Hay un correo electrónico que muestra que el Otrosí No. 8 fue posible porque el Contrato de tres hectáreas le agradaba a Ballesteros*²²⁹.

154. El Tribunal solicitó una aclaración en cuanto a si el documento al que hacía referencia el abogado de Colombia en su declaración era el documento presentado originalmente por Colombia con su Memorial de Contestación como el anexo R-54, y se suscitó un debate en torno a si había “*algún otro documento*”²³⁰. En respuesta a dicha solicitud, el abogado de Colombia confirmó que:

*Ese sería el único documento*²³¹.

²²⁵ La cadena de correos electrónicos parcial constaba en el Documento **R-54**. Laudo, párr. 658.

²²⁶ Pasó a ser el Documento **R-100**. Laudo, párr. 659.

²²⁷ Tr. Tribunal, Día 2, págs. 380:3-381:13 (Presidente Fernández-Armesto).

²²⁸ Tr. Tribunal, Día 2, pág. 382:4-8 (Profesor Silva Romero).

²²⁹ Tr. Tribunal, Día 2, pág. 383:14-16 (Profesor Silva Romero).

²³⁰ Tr. Tribunal, Día 2, pág. 388:16-20.

²³¹ Tr. Tribunal, Día 2, pág. 389:6-7 (Profesor Silva Romero).

155. Colombia había invocado específicamente el R-54 en su carta al Tribunal de fecha 11 de mayo de 2018, en la que planteaba su solicitud de producción de los documentos del Anexo A²³². En ese momento, describió el contenido del documento en los siguientes términos:

*A modo de ilustración, el Documento en Disputa anteriormente presentado como anexo R-54 responde la solicitud No. 9 de Colombia (“Documentos que reflejan una conexión entre la cesión del Contrato de 3 hectáreas (R-97) y el Acuerdo de Compromiso (C-91”). En esta cadena de correos electrónicos, el Sr. Nagle compartió sus opiniones con la gerencia de Prodeco sobre cómo la empresa había garantizado el apoyo del Sr. Ballesteros en las negociaciones conducentes a la celebración del Acuerdo de Compromiso y, ulteriormente, el Otrosí No. 8. Pero las Demandantes se niegan a producir este documento, aunque no cumple en forma cumulativa con los Requisitos. De hecho, si bien el Sr. Nagle respondió un correo electrónico de Natalia Anaya, dicho correo no fue “elaborado a los fines de obtener o brindar asesoramiento jurídico” (Requisito No. 3). Más bien, el correo electrónico de la Sra. Anaya se limitaba a brindar al equipo de la gerencia un recuento de una conversación que mantuvo con la Sra. Marcela Estrada (entonces integrante del departamento de asuntos jurídicos de Ingeominas). Por el mismo motivo, el anexo **R-54** no es un documento “redactado por un abogado en su carácter de tal” (Requisito No. 1). Tampoco pueden aseverar las Demandantes que haya existido una relación de privilegio cliente-abogado basada en la confianza (Requisito No. 2), ni que la Sra. Anaya y el Sr. Nagle hayan tenido expectativas de que se preservaría la confidencialidad de dicho documento ante una situación contenciosa (Requisito No. 4). Asimismo, el **R-54** no revela en forma alguna la posición sobre negociación de las Demandantes respecto de la interpretación del “precio definitivo” en virtud del Otrosí No. 7. Las Demandantes aceptan implícitamente que el **R-54** no es privilegiado cuando aseveran que reclaman privilegios sobre una “cadena de correos electrónicos más extensa” que puede contener asesoramiento jurídico solicitado o brindado por los abogados internos de Prodeco. Sin embargo, las Demandantes no pueden invocar privilegio jurídico por extrapolación sobre el Documento identificado por Colombia si dicho documento, en sí mismo, no cumple en forma conjunta con los Requisitos. En todo caso, las Demandantes podrían haber producido versiones con supresiones de esta cadena de correos electrónicos. Pero no lo hicieron²³³. [Traducción del Comité]*

²³² Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra* (AAE-12).

²³³ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, págs. 3-4 (AAE-12).

156. En respuesta a las alegaciones vertidas en la audiencia oral, el abogado de Glencore y Prodeco sostuvo que “*el R-54 es una cadena de correos electrónicos incompleta*” y que la “*el R-100 es el que tiene todos los documentos*”²³⁴. Y agregó:

*No tenemos ningún tipo de inconveniente en que el documento se incorpore. Primero tenemos que decir que hay dos condiciones. Primero que sea el documento completo y no el incompleto para que esta conversación no sea incompleta y que ese documento quede totalmente incorporado. Es el documento que está en el anexo R-100 y nuestra presentación de ese documento en las actuaciones, por supuesto, no evita – no implica una dispensa de nuestros privilegios. Este documento contiene la opinión de Anaya respecto de ciertas cuestiones y también se habla de la cuenta custodia. Había una disputa en cuanto al Otrosí No. 7 en cuanto a si el texto claro de la comunicación permitía ciertos cálculos y se habló también de una cuenta custodia que era un tema debatido y en ese debate se realizó este intercambio de comunicaciones. [...] La segunda condición es que se nos permita abordar dicho documento, examinarlo, al igual que podríamos haberlo examinado en nuestro alegato de apertura*²³⁵.

157. Después de este intercambio, el Tribunal solicitó que las Partes se pusieran de acuerdo en que el correo electrónico en cuestión, que parecía ser un documento sumamente relevante, se incorporara al expediente²³⁶. Ambas Partes estuvieron de acuerdo con la solicitud, y se acordó además incorporar la cadena completa de correos electrónicos en la cual se agregó como Documento R-100²³⁷.
158. Colombia asevera que “[s]e trató del único documento obtenido en la investigación de la SIC del año 2014 que fue agregado al expediente”²³⁸ [Traducción del Comité]. No obstante, ese no fue el caso, habida cuenta de que uno de estos documentos había sido facilitado anteriormente por Glencore y Prodeco durante la fase de producción de documentos²³⁹.

²³⁴ Tr. Tribunal, Día 2, págs. 389:22-390:1 (Sr. Blackaby).

²³⁵ Tr. Tribunal, Día 2, págs. 390:6-391:7 (Sr. Blackaby).

²³⁶ Tr. Tribunal, Día 2, págs. 392:6-393:21; Laudo, párr. 659.

²³⁷ Tr. Tribunal, Día 2, págs. 393:15-394:7 (Presidente Fernández-Armesto); Laudo, párr. 659.

²³⁸ Memorial de Anulación, párr. 96.

²³⁹ Véase Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 7 (AAE-12), citada en párr. 127, *supra*. No le es posible al Comité determinar si alguno de los documentos producidos por Glencore y Prodeco, por ejemplo, los dos documentos respecto de los cuales el Sr. Blackaby declaró que no se cumplían los requisitos de privilegio (párr. 124, *supra*) se encontraban dentro de los Documentos en Disputa de la SIC.

D. EL LAUDO

159. En la parte dispositiva del Laudo, el Tribunal resolvió:

Desestima las Excepciones de Ilegalidad, de Elección de Vía y de Inadmisibilidad de la Demandada, acepta la Excepción de Cláusula Paraguas de la Demandada, y declara que el Centro tiene jurisdicción y el Tribunal competencia para decidir reclamaciones fundadas en el incumplimiento de los Arts. 4(1) y 4(2) del Tratado.

Declara que la conducta de la Contraloría al calcular el daño supuestamente sufrido por la República de Colombia como consecuencia de la suscripción del Otrosí No. 8 constituye (i) una medida no razonable que ha perjudicado la inversión de las Demandantes en Colombia en violación del Artículo 4(1) del Tratado y (ii) un incumplimiento del tratamiento justo y equitativo, en violación del Artículo 4(2) del Tratado.

Ordena que la República de Colombia le restituya a C.I. Prodeco S.A. el Monto de Responsabilidad Fiscal en la suma de USD 19.100.000.

Ordena que la República de Colombia pague intereses sobre el monto establecido en el párr. 3 desde el 19 de enero de 2016 hasta la fecha del pago efectivo, a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses más un margen del 2%, capitalizado semestralmente.

Declara que el pago de la restitución y los intereses otorgados a Prodeco de conformidad con este Laudo debe ser neutral respecto de los impuestos colombianos, con las consecuencias detalladas en el párr. 1630 del presente Laudo, y ordena que la República de Colombia mantenga indemne a Prodeco respecto de cualquier impuesto colombiano que no cumplan con dicho principio.

Ordena que la República de Colombia reembolse a las Demandantes (i) los Costos del Procedimiento (netos de cualquier reembolso final por parte del CIADI) y (ii) de USD 1.692.900 en concepto de Gastos de Defensa, más intereses a la tasa LIBOR para depósitos a seis meses más un margen del 2%, capitalizado semestralmente a partir de la fecha de este laudo hasta la fecha del pago efectivo.

Desestimar todas las demás reclamaciones, excepciones y defensas²⁴⁰.

²⁴⁰ Laudo, párr. 1687.

160. El Tribunal elabora el razonamiento que lo condujo a sacar estas conclusiones a lo largo de 300 páginas. A los fines que nos ocupa, sin embargo, es necesario considerar solamente dos partes del razonamiento. En primer lugar, el Tribunal reiteró en el Laudo los motivos que lo llevaron a tomar las decisiones contenidas en la RP2, la RP3, la RP4 y la RP6²⁴¹. Como analizara el Comité *supra* con bastante detalle, dichas Resoluciones Procesales y su razonamiento (véanse párrs. 63-151, *supra*), es innecesario analizar también estas partes del Laudo.
161. En segundo lugar, el Tribunal también consideró *in extenso*, y luego rechazó, el argumento de Colombia de que la inversión se había efectuado conculcando el derecho colombiano y, por ende, escapaba del alcance del TBI, lo cual presuponía entonces la falta de competencia del Tribunal (la “**Excepción de Ilegalidad**”)²⁴². La pretensión de Colombia en anulación se relaciona a la forma en la que el Tribunal abordó y resolvió la Excepción de Ilegalidad, de modo que es necesario que el Comité establezca en detalle el razonamiento del Tribunal antes de analizar si el Laudo se encuentra sujeto a anulación.
162. La Excepción de Ilegalidad se fundó en dos aspectos, a saber: (a) el argumento de que Glencore y Prodeco habían obtenido el Otrosí No. 8 mediante corrupción, basándose en que el pago al Sr. Maldonado había beneficiado también al Sr. Ballesteros; y (b) que el Otrosí No. 8 no se había suscrito de conformidad con los requisitos del derecho colombiano respecto de las operaciones de Ingeominas y que Prodeco era culpable de mala fe, tergiversación y ocultamiento en las negociaciones.
163. El Tribunal comenzó estableciendo lo que —según sostuvo— fueron los hechos probados en relación con estos argumentos. Estableció que el área de tres hectáreas estaba ubicada en el medio de las concesiones de las que las Sociedades Relacionadas de Prodeco eran titulares²⁴³ y que:

Parece ser que el corredor de 3 hectáreas fue el resultado de errores administrativos en el mapeo de las concesiones otorgadas en las décadas de 1990 y 2000. Aunque sigue siendo incierto si esos errores fueron accidentales o intencionales, cabe destacar que el Sr. Maldonado trabajó en Carbocol y en las agencias mineras que la sucedieron desde 1988 hasta

²⁴¹ Laudo, párrs. 68-134.

²⁴² Laudo, párrs. 553-860.

²⁴³ Véase el mapa en párr. 596 del Laudo.

*2002 y, por ende, estaba en posición de obtener información privilegiada sobre el corredor de tres hectáreas*²⁴⁴.

164. En el mes de noviembre de 2006, el Sr. Maldonado (quien era para ese entonces un antiguo empleado del Ministerio de Minas y de Carbocol, antecesor de Ingeominas) y el Sr. García solicitaron ante Ingeominas un contrato de concesión por el área de tres hectáreas²⁴⁵. En el mes de marzo de 2007, Ingeominas concluyó que dicho contrato se superpondría con las concesiones existentes y que el área era demasiado pequeña para constituir una concesión independiente. Por ende, rechazó la solicitud²⁴⁶. Ulteriormente, el Sr. Maldonado impugnó esta decisión en el mes de mayo de 2007, pero nada aconteció hasta el mes de abril de 2008²⁴⁷.
165. A principios de 2008, las Sociedades Relacionadas de Prodeco obtuvieron la conformidad de Ingeominas para desarrollar operaciones conjuntas en el sitio de La Jagua. No obstante, la existencia del corredor de tres hectáreas amenazaba la viabilidad de las operaciones conjuntas. Por lo tanto, las Sociedades Relacionadas de Prodeco solicitaron que Ingeominas corrigiera los errores que habían dado origen al corredor de tres hectáreas o que rechazara la solicitud de un contrato independiente que efectuó el Sr. Maldonado respecto de dicha área²⁴⁸. Empero, en el mes de junio de 2008, Ingeominas cambió su apreciación de la solicitud del Sr. Maldonado, resolvió que el área de las tres hectáreas no se superponía con otras concesiones y revocó su rechazo de la solicitud del Sr. Maldonado²⁴⁹. Las Sociedades Relacionadas de Prodeco presentaron un recurso de reposición, que fue rechazado en el mes de agosto de 2008²⁵⁰.
166. Acto seguido, el Tribunal estableció que Prodeco había radicado quejas ante diversas autoridades colombianas sobre la concesión propuesta a los Sres. Maldonado y García del área de tres hectáreas. Sostuvo que, entre los meses de agosto y octubre de 2008, las

²⁴⁴ Laudo, párr. 597.

²⁴⁵ Laudo, párr. 596.

²⁴⁶ Laudo, párr. 598.

²⁴⁷ Laudo, párr. 600.

²⁴⁸ Laudo, párr. 601.

²⁴⁹ Laudo, párr. 602.

²⁵⁰ Laudo, párr. 603.

Sociedades Relacionadas de Prodeco radicaron quejas ante: el Procurador General de la Nación, el Ministro de la Presidencia, la Contraloría, el Ministerio de Minas y Energía y el Jefe del Registro Minero Nacional²⁵¹. El tribunal observó que:

*La Demandada no presentó evidencia de reacción alguna por parte de ninguna de las autoridades colombianas ante quienes Prodeco se quejó. Tampoco hay registro escrito de medidas tomadas por dichas autoridades para rectificar la situación*²⁵².

167. El 16 de octubre de 2008, el contrato de las tres hectáreas fue otorgado al Sr. Maldonado y al Sr. García²⁵³, y Prodeco y sus Sociedades Relacionadas continuaron radicando quejas²⁵⁴. Sin embargo, según coligió el Tribunal, a Prodeco no le quedaron más opciones que adquirir la concesión de las tres hectáreas de los Sres. Maldonado y García u “*minar alrededor del área, lo que implicaba perder hasta 11 millones de toneladas de carbón*”²⁵⁵. Prodeco elevó una última queja ante el Ministro de la Presidencia en el mes de marzo de 2009; sin embargo, al no recibir respuesta alguna²⁵⁶, adquirió la concesión de las tres hectáreas en USD 1,75 millones en el mes de mayo de 2009²⁵⁷.
168. El Tribunal estableció que CDJ efectuó el pago en moneda colombiana a cuentas radicadas en bancos colombianos, practicó las retenciones impositivas que exigía la legislación colombiana y reflejó el pago en sus estados contables auditados. En el mes de febrero de 2010, CDJ le informó a Ingeominas el precio pagado²⁵⁸. El Tribunal también estableció que Prodeco continuaba preguntando si se habían producido irregularidades en el otorgamiento de la concesión al Sr. Maldonado y al Sr. García después de haber adquirido sus derechos²⁵⁹.

²⁵¹ Laudo, párrs. 605-608.

²⁵² Laudo, párr. 610.

²⁵³ Laudo, párr. 611.

²⁵⁴ Laudo, párr. 612.

²⁵⁵ Laudo, párr. 616.

²⁵⁶ Laudo, párrs. 617-618.

²⁵⁷ Laudo, párr. 250.

²⁵⁸ Laudo, párrs. 622-624.

²⁵⁹ Laudo, párrs. 625-626.

169. Después del cambio de gobierno en Colombia en el mes de agosto de 2010, el nuevo Ministro de Minas y Energía ofreció una conferencia de prensa, en la que se refirió a cómo “[a]lgunas personas muy bien conectadas habían podido inscribir licencias mineras en pequeñas áreas estratégicas para ‘chantajear económicamente’ a los titulares de explotaciones mineras adyacentes”²⁶⁰. El Tribunal hizo la siguiente observación:

*Vale la pena resaltar que, durante esta conferencia de prensa, el Ministro de Minas y Energía, el Sr. Rodado usó una presentación en formato PowerPoint en donde la concesión de tres hectáreas de Prodeco era claramente visible y que, en su declaración pública, no hubo una acusación de que Prodeco había sobornado a algún funcionario público o había incurrido en algún otro tipo de conducta impropia. Por el contrario, él declaró explícitamente que la mayoría de las empresas mineras que operan en Colombia eran empresas serias. En ese momento, las críticas apuntaban a los empleados de Ingeominas que habían otorgado los contratos mineros irregulares*²⁶¹.

170. Tampoco hubo acusación alguna de corrupción por parte de Prodeco en el Proceso de Responsabilidad Fiscal (véase párr. 52, *supra*) ni se hizo mención del contrato de las tres hectáreas en los archivos de la Contraloría²⁶². De manera análoga, no se elevó ninguna acusación de que Prodeco o Glencore hayan participado en corrupción durante el Proceso de Nulidad Contractual (véase párr. 55, *supra*)²⁶³. La primera sugerencia se formuló en el mes de septiembre de 2017, cuando la ANDJE presentó ante la FGN una denuncia penal contra diversos funcionarios no identificados de Prodeco y Glencore y contra varios servidores públicos identificados de Ingeominas (véase párr. 72, *supra*)²⁶⁴.
171. Después de repasar los antecedentes procesales de los Documentos en Disputa de la SIC y los contenidos del Documento R-100 (véanse párrs. 152-157, *supra*)²⁶⁵, el Tribunal estableció su decisión sobre las alegaciones de corrupción²⁶⁶. Comenzó dejando en claro que consideraba la acusación de suma gravedad:

²⁶⁰ Laudo, párr. 627.

²⁶¹ Laudo, párr. 628.

²⁶² Laudo, párrs. 630-632.

²⁶³ Laudo, párr. 633.

²⁶⁴ Laudo, párrs. 634-637.

²⁶⁵ Laudo, párrs. 639-661.

²⁶⁶ Laudo, párrs. 662-747.

La corrupción es moralmente abominable: la gestión adecuada de los asuntos públicos y la asignación correcta de los recursos públicos se sustituyen por el favor y la arbitrariedad. La corrupción es también económicamente perjudicial: restringe el desarrollo económico y somete a las naciones al subdesarrollo y a la pobreza, en tanto los sobornos que enriquecen a servidores públicos o políticos bien conectados se financian mediante precios inflados o reducciones en los ingresos que sufren los ciudadanos más pobres. Se desvían fondos públicos limitados al enriquecer a personas privilegiadas, a expensas del bien común.

El Tribunal está de acuerdo con la Demandada en que, siempre que existan motivos prima facie para sospechar actos indebidos, un tribunal de arbitraje internacional tiene la obligación de investigar los hechos, incluso sua sponte, y de adoptar las medidas necesarias con arreglo a los principios del derecho aplicables²⁶⁷.

172. El Tribunal concluyó que una inversión que se haya efectuado en violación del derecho colombiano escaparía del alcance del TBI, con la consecuente falta de competencia del Tribunal²⁶⁸. Según el Tribunal:

... si las Demandantes han sobornado al Sr. Ballesteros, encubriendo el pago corrupto como la contraprestación por la adquisición del Contrato 3ha, la consecuencia necesaria será la pérdida de la protección del derecho internacional²⁶⁹.

173. Por tanto, el verdadero interrogante es si se ha demostrado la corrupción²⁷⁰. El Tribunal consideró que le correspondía a Colombia aportar las pruebas del soborno al Sr. Ballesteros y que la preponderancia de la prueba era el estándar aplicable²⁷¹.

174. Con respecto al proceso penal en Colombia, el Tribunal sostuvo que:

La Denuncia Penal y el procedimiento que nos ocupa operan en esferas jurídicas diferentes, están sujetos a estándares de prueba divergentes y pueden alcanzar resultados contradictorios. El hecho de que el sistema penal colombiano no haya sancionado (en efecto, de conformidad con los registros disponibles, ni siquiera ha investigado) las supuestas prácticas corruptas alrededor del Otrósí No. 8 no impide una determinación

²⁶⁷ Laudo, párrs. 663-664.

²⁶⁸ Laudo, párr. 665.

²⁶⁹ Laudo, párr. 666.

²⁷⁰ Laudo, párr. 667.

²⁷¹ Laudo, párrs. 668-670.

*hipotética por parte del presente Tribunal de que ha existido corrupción. Y viceversa*²⁷².

*Dicho esto, las conclusiones del sistema de justicia a nivel local, o la ausencia de estas, el cual cuenta con una capacidad de investigación superior a la del presente Tribunal de Arbitraje, son uno de los muchos elementos que deben considerarse al momento de evaluar las pruebas disponibles*²⁷³.

175. El Tribunal prosiguió con la consideración de las seis “banderas rojas” u alertas que, según Colombia, demostraban la existencia de corrupción.

(1) El Pago al Sr. Maldonado y al Sr. García

176. El Tribunal señaló la cuantía del pago, pero aseguró que la transacción debía ser analizada en el contexto adecuado²⁷⁴. Señaló que, si bien se refirió al contrato de las tres hectáreas como un ejemplo de “chantaje económico”, el Ministerio de Minas no había insinuado que Prodeco o Glencore hubieran tenido un comportamiento corrupto²⁷⁵, a las reiteradas quejas que elevara Prodeco sobre la concesión otorgada a los Sres. Maldonado y García y el silencio de las autoridades colombianas²⁷⁶. El tribunal coligió lo siguiente:

El Tribunal no observa ilegalidad ni incorrección alguna en la transacción. Es cierto que Prodeco cedió al chantaje económico – pero se trató de un chantaje económico causado por la inscripción inapropiada del Contrato 3ha por parte de Ingeominas en favor del Sr. Maldonado, y la renuencia o incapacidad de reacción de las autoridades colombianas, a pesar de las advertencias y quejas reiteradas.

Por último, el Tribunal observa que el comportamiento de Prodeco resulta exactamente opuesto a aquel adoptado normalmente en los casos de cohecho. La corrupción demanda secretismo. En el presente caso, Prodeco anunció urbi et orbi que estaba siendo sometida a un chantaje económico y solicitó la asistencia de la administración pública. Cuando las autoridades no ofrecieron respaldo alguno, Prodeco informó ex ante nada menos que al

²⁷² Laudo, párr. 673.

²⁷³ Laudo, párr. 674.

²⁷⁴ Laudo, párrs. 678-679.

²⁷⁵ Laudo, párr. 680; véase también, párr. 169, *supra*.

²⁷⁶ Laudo, párrs. 681-683.

*Ministro de la Presidencia que se veía obligada a comprar el Contrato 3ha*²⁷⁷.

(2) El Hecho de que el Sr. Maldonado Fuera Exempleado de Minercol y Carbocol

177. Colombia adujo que el hecho de que el Sr. Maldonado fuera exempleado de las predecesoras de Ingeominas demostraba que se encontraba “*íntimamente conectado*”²⁷⁸ al Sr. Ballesteros. No obstante, el tribunal resolvió que:

*Colombia no ha aportado pruebas que sugieran que existía algún vínculo, mucho menos uno estrecho, entre el Sr. Maldonado o su socio, el Sr. García, y el Sr. Ballesteros. Trabajaron en agencias diferentes, en lugares diferentes, con una brecha temporal de cinco años*²⁷⁹.

(3) La Oportunidad de los Pagos

178. El acuerdo por el que se cede la concesión de las tres hectáreas se suscribió el 4 de mayo de 2009, el Acuerdo de Compromiso (véase párr. 49, *supra*) fue celebrado entre Prodeco e Ingeominas el 21 de mayo de 2009, y el Otrosí No. 8 se suscribió el 22 de enero de 2010²⁸⁰. El Tribunal no consideró que este cronograma fuera sospechoso. Por el contrario, resolvió que “*las pruebas demuestran que la fecha del Contrato de Cesión [es decir, el contrato por la compra de la concesión de las tres hectáreas] se desencadenó como consecuencia del hecho de que las actividades mineras de Prodeco se acercaban rápidamente al corredor de tres hectáreas. No existen pruebas que vinculen el Contrato de Cesión con el Acuerdo de Compromiso*”²⁸¹.

(4) El Supuesto Ocultamiento de la Transacción

179. El Tribunal rechazó el argumento de Colombia de que Glencore y Prodeco habían intentado ocultar la transacción. Fue una abogada que actuaba en nombre y representación de los Sres. Maldonado y García, y no Prodeco, quien eliminó el precio de los documentos contractuales al enviarlos a Ingeominas para su aprobación, y dar a conocer el precio en la

²⁷⁷ Laudo, párrs. 684-685.

²⁷⁸ Laudo, párr. 688.

²⁷⁹ Laudo, párr. 691.

²⁸⁰ Laudo, párrs. 695-696.

²⁸¹ Laudo, párr. 730; véanse también Laudo, párrs. 728-729.

solicitud de aprobación no constituía un requisito. Asimismo, CDJ fue franca al dar a conocer el precio que había pagado, tanto en sus negociaciones con Ingeominas como en sus cuentas, y practicó la retención impositiva pertinente²⁸².

(5) La Supuesta Circunscripción del Conocimiento del Pago a la Alta Gerencia

180. En lo que atañe a la alegación de Colombia de que la decisión de Prodeco de circunscribir la información sobre la compra de la concesión de las tres hectáreas a un grupo reducido de la alta gerencia, el Tribunal sostuvo que esta restricción solamente operó durante el periodo de negociación contractual y se trataba de una práctica habitual. Una vez cerrado el acuerdo, el secretismo llegó a su fin²⁸³.

(6) La Desestimación de la Normativa Regulatoria

181. Si bien se relacionaba principalmente en torno al segundo aspecto del argumento esgrimido (véase párr. 162, *supra*), Colombia también invocó la presunta falta de observancia de los requisitos obligatorios de parte de Ingeominas antes de aprobar el Otrosí No. 8 como prueba de la corrupción por parte de Glencore y Prodeco. No obstante, el Tribunal concluyó que “*el Director Ballesteros no ignoró ninguna normativa obligatoria en la manera en la que manejó la negociación y aprobación del Otrosí No. 8*”²⁸⁴. El Tribunal consideró que el hecho de que la demanda de nulidad del Otrosí No. 8 (véase párr. 55, *supra*) no hizo referencia a la supuesta inobservancia de Ingeominas de los requisitos obligatorios refuerza esta conclusión²⁸⁵.

(7) El Destino de los Pagos

182. El Tribunal también consideró, como una posible “bandera roja” adicional la sugerencia que hiciera Colombia de que Glencore y Prodeco no proporcionaron detalles sobre el destino de la transferencia de los USD 1,75 millones. El Tribunal sostuvo que Glencore y Prodeco habían, de hecho, proporcionado pruebas tanto de las cuentas en las que se

²⁸² Laudo, párrs. 697-700.

²⁸³ Laudo, párrs. 701-703; véase también, Laudo, párr. 685.

²⁸⁴ Laudo, párr. 718. El análisis que lo llevó a arribar a esta conclusión se encuentra establecido en los párrs. 704-717 del Laudo.

²⁸⁵ Laudo, párr. 719.

depositaron los fondos como de la retención impositiva pertinente exigida con arreglo a la legislación colombiana²⁸⁶. Así, el Tribunal coligió que, más de que una "bandera roja", se trató de una "bandera verde"²⁸⁷.

183. Ponderando la totalidad de las pruebas en general, el Tribunal concluyó que:

Si la intención de Prodeco hubiera sido corromper a Ingeominas, no habría interpuesto múltiples recursos administrativos para evitar el otorgamiento del Contrato 3ha, no habría presentado quejas reiteradas ante las máximas autoridades colombianas y no habría realizado los pagos dentro del territorio de Colombia, sujetos a la retención impositiva obligatoria.

La conclusión del Tribunal se encuentra confirmada por el hecho de que el fiscal en materia penal y los tribunales penales colombianos, que cuentan con una capacidad de investigación muy superior a la del presente Tribunal de Arbitraje, no hayan iniciado una indagación respecto de las presuntas prácticas corruptas en torno al Otrosí No. 8, sea in tempore insuspecto o incluso después del comienzo del presente arbitraje²⁸⁸.

184. Por último, el Tribunal analizó en detalle²⁸⁹ los efectos del Documento R-100. En especial, Colombia se había basado en una parte de esta cadena de correos electrónicos. El 7 de mayo de 2009, Natalia Anaya (una de las abogadas del equipo interno de Prodeco) envió un correo electrónico a Gary Nagle (entonces CEO de Prodeco) y a otros tres funcionarios oficiales sénior de la empresa en el que decía que “*Marcela Estrada [funcionaria de Ingeominas] confirmó hoy que acordó con Ballesteros que aceptarán nuestra propuesta del fideicomiso y que con eso pondrán fin al proceso de caducidad*”. La referencia al “fideicomiso” se hizo en torno a una propuesta de Prodeco de que los USD 6 millones que ésta había retenido como parte de la diferencia en la fijación de precios (véase párr. 42, *supra*) sea depositada en una cuenta de depósito en garantía para evitar el procedimiento de caducidad. Más tarde ese mismo día, el Sr. Nagle respondió a la Sra. Anaya con la siguiente oración: “[p]or supuesto que él ahora nos respalda, hemos comprado las tres

²⁸⁶ Laudo, párrs. 720-722.

²⁸⁷ Laudo, párr. 734.

²⁸⁸ Laudo, párrs. 737-738.

²⁸⁹ Laudo, párrs. 739-747.

hectáreas”. Se subsiguieron varios correos electrónicos hasta uno de la Sra. Anaya de fecha 15 de mayo de 2009 que versaba sobre las reuniones con Ingeominas.²⁹⁰

185. El Tribunal cita en detalle la declaración testimonial del Sr. Nagle, quien fue sometido a conainterrogatorio sobre esta cadena de correos electrónicos²⁹¹. El Tribunal estableció que la explicación que diera el Sr. Nagle en su testimonio de las palabras “[p]or supuesto que él ahora nos respalda, hemos comprado las tres hectáreas” fue convincente:

La Demandada interpreta estas palabras como un reconocimiento de que Prodeco había sobornado al Sr. Ballesteros mediante la adquisición del Contrato 3ha. La interpretación del Sr. Nagle es completamente diferente. Él explica que Prodeco le había estado escribiendo a diversos Ministerios y autoridades dentro de la administración pública colombiana, quejándose de que la decisión de Ingeominas de otorgar el Contrato 3ha a los Sres. Maldonado y García resultaba sumamente irregular y solicitando que se adoptaran medidas para revertir esa decisión. Eventualmente, Prodeco se rindió, y decidió adquirir el Contrato 3ha. En ese contexto, el Sr. Nagle creyó que el Sr. Ballesteros se sentiría aliviado de que Prodeco hubiese resuelto la situación cediendo al chantaje económico.

El Tribunal considera convincente la explicación de estas palabras por parte del Sr. Nagle. Dicha interpretación también queda confirmada por los siguientes mensajes incluidos en la cadena de correos electrónicos del Doc. R-100: l la suposición del Sr. Nagle de que el Sr. Ballesteros estaría satisfecho resultó ser completamente errónea. La Sra. Anaya, empleada de Prodeco, asistió a una reunión en Ingeominas una semana más tarde y se le informó que el Sr. Ballesteros no estaba para nada contento con la suscripción del Contrato 3ha, puesto que la cuestión había llegado al Presidente Uribe, y el Presidente no estaba para nada satisfecho con la manera en la cual se había resuelto el problema.

En síntesis: el Doc. R-100 y, en particular, el correo electrónico del Sr. Nagle de 7 de mayo de 2009, no debilitan la conclusión a la que arribara el Tribunal de Arbitraje de que la Demandada no ha aportado ninguna prueba que demuestre que Prodeco corrompió al Director Ballesteros de Ingeominas, con el fin de obtener el Otrosí No. 8²⁹².

186. El Tribunal desestimó también el argumento independiente, que formaba parte del segundo aspecto de la Excepción de Ilegalidad, de que Prodeco había incurrido en negociaciones de

²⁹⁰ Laudo, párrs. 654-657.

²⁹¹ Laudo, párr. 742.

²⁹² Laudo, párrs. 745-747.

mala fe en lo atinente al Otrosí No. 8²⁹³. Habiendo analizado *in extenso* las pruebas aportadas por ambas partes, el Tribunal coligió que éstas no sustentaban el argumento de que Glencore y Prodeco hubieran negociado de mala fe. El Tribunal rechazó las alegaciones de que las empresas ya hubieran desarrollado planes tendientes a la expansión de la producción y le hubieran ocultado a Colombia información de carácter sustancial.

187. El Tribunal cerró su conclusión con las siguientes palabras:

En conclusión, el Tribunal determina que la Demandada no ha demostrado sus acusaciones de que Prodeco adquiriera el Contrato 3ha como medio para sobornar al Sr. Ballesteros a efectos de la suscripción del Otrosí No. 8, ni de que tergiversara la situación económica del proyecto y, de forma deliberada y de mala fe, ocultara información sustancial a Ingeominas en aras de asegurar el Otrosí No. 8.

En consecuencia, el Tribunal desestima la Excepción de Ilegalidad de la Demandada²⁹⁴.

IV. LAS CAUSALES DE ANULACIÓN

188. El Artículo 52(1) del Convenio del CIADI dispone lo siguiente:

Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas:

- (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente;*
- (b) que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades;*
- (c) que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal;*
- (d) que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o*
- (e) que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde.*

²⁹³ Laudo, párrs. 748-858.

²⁹⁴ Laudo, párrs. 859-860.

189. Colombia afirma lo siguiente:

El Laudo contiene errores muy graves que ameritan la anulación en su totalidad.

De forma muy alarmante, el Tribunal ignoró intencionadamente pruebas evidentes de corrupción e ilegalidad orquestadas por las Demandantes. Ello es particularmente sorprendente e inquietante dado el consenso que prevalece en la comunidad internacional respecto de la necesidad de combatir y condenar el flagelo de la corrupción en cualquiera de sus formas. No puede permitirse que el presente Laudo - cuyas cuestiones similares fueron anuladas por tribunales locales porque no se consideraron de forma seria las alegaciones en materia de corrupción - pueda prosperar en el sistema del CIADI²⁹⁵. [Traducción del Comité]

190. En concreto, Colombia sostiene que el Tribunal ignoró dos instancias de corrupción e ilegalidad por parte de Glencore y Prodeco. En primer lugar, Colombia alega que el Tribunal no tomó en consideración las pruebas que demostraban que Glencore y Prodeco (con las Sociedades Relacionadas de Prodeco) habían abonado a los Sres. Maldonado y García un precio sumamente excesivo (USD 1,75 millones) por la concesión de las 3 hectáreas en calidad de soborno indirecto para el Sr. Ballesteros, quien se desempeñaba como Director de Ingeominas en ese momento, con el propósito de garantizar su acuerdo en la negociación del Otrosí No. 8 en virtud del Contrato Minero. En segundo lugar, Colombia sostiene que, más allá de la corrupción del Sr. Ballesteros, Glencore y Prodeco ocultaron la capacidad real de la mina Calenturitas y sus intenciones respecto de la producción para obtener un sistema de contraprestación para Colombia que fuera significativamente más favorable para ellas y perjudicial para Colombia.
191. Colombia procura la anulación del Laudo fundada en las causales de extralimitación manifiesta de facultades (Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI), quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI) y falta de expresión de motivos (Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI). Cada una de estas tres causales de anulación se invoca en virtud de dos aspectos diferentes de la conducta del Tribunal.

²⁹⁵ Solicitud, párrs. 2-3.

(1) La Cuestión de los Documentos

192. En primer lugar, Colombia argumenta que el Tribunal cometió un error cuando excluyó del expediente documentos que, en su opinión, habrían demostrado que Glencore y Prodeco habían corrompido al Sr. Ballesteros y que habían ocultado y tergiversado la verdadera posición con el propósito de obtener el acuerdo de Ingeominas respecto del Otrosí No. 8. Los documentos en cuestión quedan comprendidos en tres categorías. A saber:

- (1) los cuarenta y un documentos que la SIC había confiscado a Prodeco en el año 2014 (los “**Documentos en Disputa de la SIC**”) y que Colombia había tenido la intención de incorporar como anexos a su Memorial de Contestación, pero que no pudo llevar a cabo por el impedimento dispuesto en la RP2²⁹⁶. Veinticuatro de estos documentos fueron luego enumerados como Documentos del Anexo A en la carta de Colombia dirigida al Tribunal el 7 de mayo de 2018²⁹⁷. Pareciera que al menos uno de los cuarenta y un documentos fue divulgado de forma voluntaria (párr. 127, *supra*) y otro (que devino en Documento R-100, véanse párrs. 152-158, *supra*) fue incorporado al expediente durante la audiencia;
- (2) los documentos en virtud de los cuales Glencore y Prodeco sostenían la reclamación de privilegio abogado-cliente sustentada en las comunicaciones con el abogado interno de Prodeco²⁹⁸, y respecto de las cuales el Tribunal permitió la reclamación de privilegio contenida en la RP4 y la RP6. Algunos de estos documentos eran parte integrante de los Documentos en Disputa de la SIC;
- (3) los documentos de la FGN que fueran retirados de los archivos de la FGN y filtrados por el Sr. Enciso²⁹⁹, y que el Tribunal excluyó por medio de la RP6. Algunos de los documentos de la FGN también formaron parte de los Documentos del Anexo A.

²⁹⁶ Véanse párrs. 64-94, *supra*.

²⁹⁷ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 41 (AAE-12). Véanse párrs. 124-131, 141-151, *supra*.

²⁹⁸ Véanse párrs. 95-123, *supra*.

²⁹⁹ Véanse párrs. 132-151, *supra*.

(2) *La Cuestión de Ilegalidad*

193. En segundo lugar, Colombia sostiene que, incluso si el Tribunal no hubiera cometido el error de excluir los documentos a los que se hace referencia *supra*, aun así se extralimitó manifiestamente en sus facultades, cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento y no expresó sus motivos cuando decidió en contra de la excepción planteada por Colombia respecto de que la inversión era ilícita con arreglo al derecho colombiano y, por lo tanto, no quedaba comprendida dentro del alcance del TBI.

V. EL ESTÁNDAR DE ANULACIÓN

194. El Comité comenzará con la consideración del estándar que un comité *ad hoc* debe aplicar a una solicitud de anulación. Luego considerará (Parte VI) la cuestión de los documentos (véase párr. 192, *supra*) antes de proceder a analizar (Parte VII) la cuestión de la ilegalidad (véase párr. 193, *supra*).

A. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

195. Las Partes concuerdan ampliamente con las características principales del estándar que un comité *ad hoc* debe aplicar en los procedimientos de anulación. Por lo tanto, convienen en lo siguiente:
- (1) que un laudo puede anularse solo si se satisface una de las cinco condiciones contenidas en el Artículo 52;
 - (2) que el procedimiento de anulación no constituye una instancia de apelación;
 - (3) que el propósito de los procedimientos de anulación consiste en proteger la integridad del arbitraje, no en determinar si el tribunal procedió de forma correcta o incorrecta al momento de concluir sobre las cuestiones de hecho o las decisiones de derecho;
 - (4) que para que el laudo se someta a anulación en virtud del Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, resulta necesario establecer que el Tribunal se extralimitó en sus facultades y que la extralimitación de facultades fue “manifiesta”;
 - (5) que para que el laudo se someta a anulación en virtud del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI, el Tribunal debe haber quebrantado una norma de

procedimiento de carácter “fundamental” y que el quebrantamiento debe haber sido grave; y

- (6) que el Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI no versa sobre si los motivos del tribunal son convincentes sino si explican de forma satisfactoria la decisión a la cual arribara el tribunal y si analizan cada una de las cuestiones presentadas ante el tribunal.

196. No obstante, las Partes adoptan opiniones muy divergentes, tanto respecto de los matices de las proposiciones sobre las cuales hay consenso aparente como de otros aspectos del estándar a aplicar.

*(1) Colombia*³⁰⁰

197. Colombia sostiene que el Artículo 52 del Convenio del CIADI no debería interpretarse de forma restrictiva. El propósito de los procedimientos de anulación excede aquello que se requiere para proteger los intereses de las partes en un arbitraje en particular y salvaguarda el interés público respecto de la integridad y calidad del proceso de arbitraje, lo cual evita que un laudo sin precedentes dé paso a más laudos irregulares por parte de otros tribunales³⁰¹. Según Colombia, no hay presunción de la validez del laudo ni tampoco carga o estándar de la prueba especial³⁰².
198. Colombia acepta que la anulación no constituye una instancia de apelación pero sostiene que no es un ejercicio superficial.

*Cuando el laudo refleja antecedentes complejos de hecho y de derecho, se requiere una revisión de dichos antecedentes. Además, (...) ciertas causales de anulación requieren una revisión particularmente minuciosa*³⁰³.
[Traducción del Comité]

199. Colombia rechaza la afirmación de que las resoluciones procesales no son pertinentes para los procedimientos de anulación. Alega que los comités de anulación tendrán “obviamente”

³⁰⁰ Solicitud, párrs. 22-37; Memorial de Anulación, párrs. 108-169; Réplica en Anulación, párrs. 43-81.

³⁰¹ Memorial de Anulación, párr. 110; Réplica en Anulación, párr. 47.

³⁰² Réplica en Anulación, párrs. 49-50.

³⁰³ Memorial de Anulación, párr. 112, que cita *Duke Energy International c. República del Perú* (Caso CIADI No. ARB/03/28), Decisión sobre Anulación de 1 de marzo de 2011, párr. 85 (“Duke”) (AAL-14). Véase también Réplica en Anulación, párr. 51.

la obligación de hacer referencia directa a las resoluciones procesales en aquellos casos en los que dichas resoluciones constituyan los supuestos “*instrumentos*”³⁰⁴ del supuesto *incumplimiento*. Además, cuando el defecto que da origen a las causales de anulación y que está contenido en la resolución procesal se ha “*incorporado al laudo*”, es que correcto que la propia resolución procesal pueda constituir el fundamento para la anulación del laudo³⁰⁵. [Traducción del Comité]

200. Respecto del Artículo 52(1)(b), Colombia argumenta que un tribunal se extralimita en sus facultades si procura ejercer una jurisdicción de la cual carece, si no aplica el derecho aplicable, comete un error fundamental en su aplicación del derecho aplicable, o comete errores groseros de hecho, o pondera las pruebas irracionalmente³⁰⁶. En particular, alega que el tribunal que procede *ex aequo et bono* sin el consentimiento de las partes se extralimitaba en sus facultades³⁰⁷. Asimismo, Colombia sostiene que la incorrecta aplicación o malinterpretación groseras del derecho aplicable constituyen una falta de aplicación del derecho³⁰⁸ y justifican la anulación fundada en extralimitación manifiesta de facultades:

*(...) si un tribunal destila una norma desconocida hasta el momento a partir de un determinado ordenamiento jurídico, el comité ad hoc tendría la facultad de investigar si el tribunal está aplicando realmente el derecho que dice estar aplicando. Ello constituye un imperativo lógico. De otro modo, el tribunal tendría la libertad de definir, sin ninguna base, principios jurídicos putativos y atribuirlos a cualquier ordenamiento jurídico que resulte aplicable*³⁰⁹. [Traducción del Comité]

³⁰⁴ Tr. pág. 161: 18-24 (Profesor Silva Romero).

³⁰⁵ Tr. pág. 162: 6-11 (Profesor Silva Romero).

³⁰⁶ Memorial de Anulación, párr. 119; Réplica en Anulación, párr. 72; Tr. pág. 19: 16-20 (Profesor Silva Romero).

³⁰⁷ Memorial de Anulación, párrs. 124-126.

³⁰⁸ Memorial de Anulación, párrs. 127-128, que cita las decisiones sobre anulación en *Hussein Nouman Soufraki c. Emiratos Árabes Unidos* (Caso CIADI No. ARB/02/7), Decisión de 5 de junio de 2007, párr. 86 (“*Soufraki*”) (AAL-2); *Sempra Energy International c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/16), Decisión de 29 de junio de 2010, párr. 164 (AAL-9); *Caratube International Oil Co. LLP. c. República de Kazajistán* (Caso CIADI No. ARB/08/12) Decisión de 21 de febrero de 2014, párr. 81 (“*Caratube*”) (RL-184); *Victor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/98/2), Decisión on Annulment de 18 de diciembre de 2012, párr. 67 (“*Pey Casado*”) (AAL-34); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/01/7), Decisión de 21 de marzo de 2007, párr. 47 (“*MTD*”) (AAL-28) y *Iberdrola Energía S. A. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/09/5), Decisión de 13 de enero de 2015, párr. 97 (AAL-20).

³⁰⁹ Memorial de Anulación, párr. 129.

201. Según Colombia, el requisito de que la extralimitación sea “manifiesta” no se refiere a la gravedad de la extralimitación sino a si puede determinarse con facilidad³¹⁰. No obstante, el requisito de que sea manifiesta no impide que el comité *ad hoc* investigue los hechos del caso para verificar si el tribunal podría arribar a la conclusión que adoptó³¹¹.
202. Respecto de la anulación fundada en quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento al amparo del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI, Colombia argumenta que el trato adecuado de la prueba constituye una norma fundamental de procedimiento³¹². Dicha norma incluye el derecho de las partes de presentar pruebas al tribunal³¹³. Asimismo, Colombia hace referencia al derecho de las partes a ser oídas.
203. Para que exista quebrantamiento grave, “*la norma fundamental se debe haber quebrantado de una forma significativa que prive a dicha norma del efecto para el cual fuera concebida*”³¹⁴. No obstante, Colombia sostiene que la solicitante de la anulación no tiene la obligación de establecer que el quebrantamiento tuvo un efecto determinante en el resultado del caso sino, solamente, que podría potencialmente haber afectado el resultado³¹⁵. En opinión de Colombia, modelada a partir de *Churchill Mining c. Indonesia*, “*el daño es inherente a la violación del debido proceso*”³¹⁶. Colombia alega que este enfoque resulta apropiado para el objeto y el propósito del mecanismo de anulación del CIADI que consiste en “*garantizar la integridad fundamental del sistema del CIADI*”³¹⁷. Además, Colombia afirma que sería un ejercicio sumamente especulativo “*procurar adivinar el resultado*” de un caso si no fuera por el incumplimiento procesal grave³¹⁸.
- [Traducción del Comité]

³¹⁰ Réplica en Anulación, párrs. 63-66.

³¹¹ Réplica en Anulación, párr. 68, que cita *Duke*, nota 303, *supra*, párr. 99 (AAL-14).

³¹² Memorial de Anulación, párr. 145.

³¹³ Memorial de Anulación, párr. 147.

³¹⁴ Memorial de Anulación, párr. 152.

³¹⁵ Memorial de Anulación, párrs. 154-157.

³¹⁶ Tr. pág. 26:8-10 (Profesor Silva Romero), que hace referencia a *Churchill Mining Plc y Planet Mining Pty Ltd c. República de Indonesia* (Casos CIADI Nos. ARB/12/14 y ARB/12/40), Decisión sobre Anulación de 18 de marzo de 2019, párr. 204 (“*Churchill*”) (AAL-48).

³¹⁷ Tr. pág. 26: 10-12 (Profesor Silva Romero).

³¹⁸ Tr. pág. 26: 13-16 (Profesor Silva Romero), que cita *TECO Guatemala Holdings LLC. c. República de Guatemala* (Caso CIADI No. ARB/10/23), Decisión sobre Anulación de 5 de abril de 2016, párr. 85 (“*TECO*”) (AAL-47).

204. Respecto del Artículo 52(1)(e), Colombia acepta que el comité *ad hoc* no tiene la facultad de anular un laudo simplemente porque concluye que el razonamiento no es convincente³¹⁹. Sin embargo, mantiene que el razonamiento debe constituir una cadena que permita a las partes comprender por qué el tribunal arribó a la conclusión sobre una cuestión en particular. Dicha cadena se rompería si no se ofrecieran los motivos, si dichos motivos fueran frívolos o evidentemente irrelevantes, o si el tribunal presentara motivos incoherentes o contradictorios³²⁰. En opinión de Colombia, y a modo de ejemplo, si un tribunal aplicara un marco jurídico inaplicable, habría ofrecido un razonamiento tan evidentemente irrelevante que constituiría una falta de expresión de motivos³²¹.

(2) Glencore y Prodeco

205. Glencore y Prodeco adoptan como punto de partida para analizar el Artículo 52 del Convenio del CIADI que la anulación consiste en un “*recurso extraordinario*”. [Traducción del Comité]

*De forma consistente con su diseño, la anulación se reserva para “casos importantes e inusuales” en los cuales “las violaciones groseras de ciertos principios básicos” amenazan la propia legitimidad del proceso de toma de decisiones. Cualquier queja que no alcance el nivel de este estándar excepcionalmente elevado no puede constituir motivo de anulación*³²². [Traducción del Comité]

206. Argumentan que el enfoque de Colombia sobre una “revisión minuciosa” transformaría la anulación en una instancia de apelación³²³, y citan el caso *Daimler*. A saber:

Si [el comité ad hoc] realizara un análisis cuidadoso y detallado de los respectivos argumentos de las partes presentados ante el Tribunal (...) y anulara el Laudo sobre la base de que su interpretación de los hechos o del

³¹⁹ Memorial de Anulación, párr. 163.

³²⁰ Memorial de Anulación, párrs. 165-168.

³²¹ Tr. pág. 46:5-13 (Profesor Silva Romero).

³²² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 48, que cita *Poštová Banka, A.S. and ISTROKAPITAL SE c. República Helénica* (Caso CIADI No. ARB/13/8), Decisión sobre Anulación Parcial de 29 de septiembre de 2016, párr. 127 (**RAL-128**); *CDC Group plc c. República de Las Seychelles* (Caso CIADI No. ARB/02/14), Decisión sobre Anulación, 29 de junio de 2005, párr. 34 (“*CDC*”) (**RAL-7**) y *Tulip Real Estate y Development Netherlands BV c. República de Turquía* (Caso CIADI No. ARB/11/28), Decisión sobre Anulación de 30 de diciembre de 2015, párr. 39 (**RAL-17**).

³²³ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 50.

*derecho o apreciación de la prueba es diferente a la del Tribunal, cruzaría la línea que separa la anulación de la apelación*³²⁴.

207. Glencore y Prodeco sostienen que el Artículo 52 del Convenio del CIADI no debería interpretarse de forma restrictiva ni expansiva sino conforme al objeto y propósito y al texto de la disposición³²⁵. Alegan que recae sobre la solicitante de anulación una carga pesada, pero niegan que ello tenga nada que ver con la carga de la prueba³²⁶.

208. Alegan lo siguiente:

*(...) para determinar si un tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades: (i) el comité ad hoc no puede cuestionar la evaluación de las pruebas del tribunal; (ii) no puede anular el laudo sobre la base de que el tribunal cometió un error de hecho, independientemente del nivel de gravedad que se alega de dicho error; y (iii) un error de derecho no constituye una extralimitación de facultades*³²⁷. [Traducción del Comité]

209. En consecuencia, Glencore y Prodeco alegan que los procedimientos de anulación no pueden reconsiderar de forma lícita las decisiones de un tribunal sobre la admisibilidad o el valor probatorio de las pruebas, tal como la Solicitud de Colombia insta al Comité a proceder³²⁸. La anulación del Laudo sobre la base de resoluciones procesales sobre cuestiones de prueba, como tal, “*sería inaudita*”³²⁹. En efecto, Glencore y Prodeco afirman que, habiendo “*investigado los casos resueltos*”, no pudieron hallar ni una sola instancia en la que un laudo se anulara en virtud de la decisión en una resolución procesal³³⁰. [Traducción del Comité]

210. Glencore y Prodeco sostienen que el número de normas de procedimiento que tienen el carácter fundamental exigido por el Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI es limitado, que dicho Artículo no incluye las normas relativas a la carga de la prueba³³¹, ni la norma

³²⁴ *Daimler Financial Services AG c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/05/1) Decisión sobre Anulación de 7 de enero de 2015, párr. 186 (“*Daimler*”) (RAL-16).

³²⁵ Dúplica en Anulación, párr. 15.

³²⁶ Dúplica en Anulación, párr. 16.

³²⁷ Dúplica en Anulación, párr. 60; Memorial de Contestación en Anulación, Sección V.A.

³²⁸ Tr. pág. 78:16-21 (Sr. Blackaby), pág. 117:20-23 (Sr. Friedman).

³²⁹ Tr. pág. 117:23-24 (Sr. Friedman).

³³⁰ Tr. pág. 117:24-118:1 (Sr. Friedman).

³³¹ Dúplica en Anulación, párr. 23.

de “*admisibilidad liberal de la prueba*” planteada por Colombia³³² [Traducción del Comité]. Además, alegan que incluso el quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento amerita la anulación solo si hubiera determinado el resultado del caso³³³.

211. Respecto del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI, Glencore y Prodeco sostienen que “[*e*]sta causal de anulación solo versa sobre la total ausencia de motivos, no sobre la calidad de dichos motivos o si son correctos (...) para alcanzar el nivel de error anulable, la falta de expresión de motivos debe vincularse con un punto que sea esencial para la decisión del tribunal”³³⁴. Concretamente en relación con las resoluciones procesales de “*rutina*”, Glencore y Prodeco impugnan la sugerencia de que se requieran motivos detallados³³⁵ [Traducción del Comité]. Argumentan, una vez más invocando la decisión en *Daimler*, que “*al revisar las contradicciones aparentes, el comité ad hoc debería (...) preferir una interpretación que confirme la consistencia de un laudo en oposición a sus supuestas contradicciones internas*”³³⁶.

B. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

(1) La Naturaleza de la Anulación y las Facultades del Comité Ad Hoc

212. El texto del Artículo 52(1) del Convenio del CIADI y las decisiones de comités *ad hoc* anteriores establecen que hay cuatro principios generales relativos a la naturaleza de los procedimientos de anulación y las facultades de los comités *ad hoc* que resultan pertinentes para el presente caso.
213. En primer lugar, y tal como expresó el Comité *ad hoc* en MTD Equity y MTD Chile c. República de Chile en la siguiente formulación:

En virtud del Artículo 52 del Convenio del CIADI, el procedimiento de anulación no constituye una instancia de apelación, menos aun un nuevo juicio; constituye una forma de revisión de fundamentos específicos y

³³² Dúplica en Anulación, párr. 25; C- Memorial de Anulación, párrs. 60, 62, 66.

³³³ Dúplica en Anulación, párr. 21, que cita *OI European Group BV c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/11/25), Decisión sobre Anulación de 6 de diciembre de 2018, párrs. 248-249 (“*OI European Group*”) (**RAL-21**).

³³⁴ Dúplica en Anulación, párr. 95.

³³⁵ Tr. págs. 140:16-19 (Sr. Friedman).

³³⁶ Dúplica en Anulación, párr. 97, que cita *Daimler*, nota 324, *supra*, párr. 78 (**RAL-16**).

*limitados que adoptan como premisa el expediente ante el Tribunal*³³⁷.
[Traducción del Comité]

214. El Comité *ad hoc* en *Soufraki* procedió a analizar de este rol de un comité *ad hoc* como la salvaguarda de la integridad de los procedimientos con mayor grado de detalle.

*En opinión del Comité ad hoc, el objeto y el propósito de un procedimiento de anulación CIADI pueden describirse como el control de la integridad fundamental del proceso de arbitraje del CIADI en todos sus aspectos. Un comité ad hoc tiene la facultad de verificar (i) la integridad del tribunal - su correcta constitución (Artículo 52(1)(a)) y la ausencia de corrupción de parte de cualquiera de sus miembros (Artículo 52(1)(c)); (ii) la integridad del procedimiento - lo cual significa, en primer lugar, que el tribunal debe respetar los límites establecidos por el Convenio del CIADI y el consentimiento de las Partes, y no extralimitarse de forma manifiesta en las facultades que le fueron otorgadas en lo que se refiere a su jurisdicción, el derecho aplicable y las cuestiones planteadas (Artículo 52(1)(b)), y, en segundo lugar, que no debería cometer un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento (Artículo 52(1)(d)); y (iii) la integridad del laudo - es decir, que el razonamiento presentado en el laudo debería ser coherente y no contradictorio, de forma que sea comprensible para las Partes y sustente de forma razonable la solución adoptada por el tribunal (Artículo 52(1)(e)). La integridad del mecanismo de solución de diferencias, la integridad del procedimiento de solución de diferencias y la integridad de la solución de la diferencia constituyen los objetivos interrelacionados y fundamentales que fueron concebidos en el mecanismo de anulación del CIADI*³³⁸. [Traducción del Comité]

215. En segundo lugar, y tal como explicó también el Comité en *Soufraki*:

*El Artículo 52 del Convenio del CIADI se debe leer en consonancia con los principios de interpretación de tratados que forman parte del derecho internacional general, los cuales no insisten en una interpretación expansiva o restrictiva, sino más bien en una interpretación de acuerdo con el objeto y fin del tratado*³³⁹. [Traducción del Comité]

La referencia a los principios de interpretación de los tratados remite a los principios establecidos en los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 1969. Como tal, la Convención de Viena no resulta aplicable al Convenio del

³³⁷ *MTD*, nota 308, *supra*, párr. 31 (AAL-28). Véase también *Soufraki*, nota 308, *supra*, párr. 20 (AAL-2).

³³⁸ *Soufraki*, nota 308, *supra*, párr. 23 (AAL-2) (énfasis en el original).

³³⁹ *Soufraki*, nota 308, *supra*, párr. 21 (AAL-2).

CIADI, que la antecede. No obstante, las disposiciones de la Convención de Viena sobre interpretación de los tratados se consideran generalmente como declarativas del derecho internacional consuetudinario y, por lo tanto, resultan aplicables a la interpretación de cualquier tratado.

216. En tercer lugar, surge claramente del texto del Artículo 52 que un laudo puede ser anulado solo en virtud de una o más de una de las cinco causales dispuestas en el Artículo 52. Un comité *ad hoc* no tiene la facultad de ir más allá de dichas cinco causales. Su función no consiste en determinar si concuerda o no con el razonamiento o las conclusiones del tribunal, sino solo en determinar si se ha establecido al menos una de las cinco causales.
217. Por último, cabe destacar que el Artículo 52(3) del Convenio del CIADI dispone que un comité *ad hoc* “*tendrá facultad para resolver sobre la anulación total o parcial del laudo por alguna de las causas enumeradas en el apartado (1)*”. El hecho de que el Convenio se refiera a que un comité tiene la *facultad* de anular significa que, incluso cuando un comité *ad hoc* determine que se ha establecido una de las causales de anulación, el Comité tiene la discreción de proceder o no con la anulación del laudo³⁴⁰. Dicha discreción no es de ningún modo ilimitada, y debe tomar en consideración todas las circunstancias relevantes, incluyendo la gravedad de las circunstancias que constituyen la causal de anulación y si tuvieron - o podrían haber tenido - un efecto material en el resultado del caso³⁴¹, así como la importancia del carácter definitivo del laudo y la noción general de justicia para ambas Partes.

³⁴⁰ Véase *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI No. ARB/81/1), Decisión sobre Anulación de 3 de diciembre de 1992, párr. 1.20 (AAL-35); *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI No. ARB/84/4), Decisión sobre Anulación Parcial de 22 de diciembre de 1989, párrs. 4.09-4.10 (“MINE”) (AAL-7); *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), Decisión sobre la Anulación de 3 de julio de 2002, párr. 66 (“Vivendi I”) (CL-99). Véase también Schreuer y otros, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, segunda edición, 2009 (“Schreuer”), Artículo 52, párrs. 466-485 (AAL-1).

³⁴¹ Esta cuestión se considera con mayor profundidad en los párrs. 222-227, *infra*.

218. Estos principios han sido reiterados por muchos otros comités *ad hoc*³⁴² y pueden considerarse como bien establecidos. No son materia de controversia entre las Partes en el presente procedimiento.
219. La solicitud con arreglo al Artículo 52 del Convenio del CIADI puede incoarse solamente respecto de un laudo, no respecto de una decisión o una resolución procesal anteriores del tribunal³⁴³. Sin embargo, queda abierta la posibilidad de que la solicitante en anulación alegue que el laudo está viciado por una decisión procesal o una resolución procesal anteriores que implique un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento o una extralimitación manifiesta en las facultades, o la falta de expresión de motivos de una decisión. Además, en el presente caso las decisiones adoptadas por el Tribunal en las tres Resoluciones Procesales que constituyen el eje central de la Solicitud de Colombia están incluidas de forma minuciosa en la redacción del propio Laudo³⁴⁴. Por consiguiente, el Comité concluye que la Solicitud constituye una solicitud de anulación del Laudo perfectamente adecuada, a pesar de que Colombia - tal como tiene derecho a proceder - hace referencia de forma detallada a las tres Resoluciones Procesales con el propósito de demostrar que el Laudo está viciado por errores susceptibles de anulación, y el Comité adoptará el mismo curso al analizar si el Tribunal cometió un error susceptible de anulación.

(2) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

220. El Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI dispone que un Comité *ad hoc* puede anular un laudo en virtud de que “*hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento*”. Resulta evidente a partir de esta redacción que no todo error procesal puede ofrecer causales de anulación. Para que el comité *ad hoc* anule un laudo en virtud de esta disposición, debe identificar la norma de procedimiento que el Tribunal supuestamente

³⁴² Véase, por ejemplo, *EDF International S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/23), Procedimiento de Anulación, Decisión de 5 de febrero de 2016, párrs. 61-73 (“*EDF*”) (**AAL-4**); *TECO*, nota 318, *supra*, párr. 73 (**AAL-47**); *CEAC Holdings Ltd. c. Montenegro* (Caso CIADI No. ARB/14/08), Decisión sobre Anulación de 1 de mayo de 2018, párr. 84 (“*CEAC*”) (**AAL-3**).

³⁴³ Schreuer, nota 340, *supra*, Artículo 52, párr. 61 (**AAL-1**).

³⁴⁴ Laudo, párrs. 68-134.

quebrantó y estar satisfecho con (a) que dicha norma era de importancia fundamental³⁴⁵; y (b) que el quebrantamiento fue grave.

221. Respecto del primer requisito, el Comité no considera que sea necesario o apropiado establecer una lista de aquellas normas de procedimiento que quedan comprendidas en la categoría de normas de procedimiento “*fundamentales*”, pero no tiene duda alguna que las normas de justicia natural, incluido el derecho de una parte a presentar su caso, el derecho de una parte a ser oída y el derecho al mismo trato quedan comprendidas en dicha categoría.
222. Respecto del segundo requisito, el Comité concuerda con la siguiente observación del Comité en *MINE*. A saber:

*Para que el quebrantamiento de una “norma fundamental de procedimiento” constituya causal de anulación dicho quebrantamiento debe ser grave. El Comité considera que ello establece un criterio tanto cuantitativo como cualitativo: el quebrantamiento debe ser sustancial y debe ser tal como para privar a la parte del beneficio o la protección que la norma debía ofrecer*³⁴⁶. [Traducción del Comité]

223. Asimismo, comparte la siguiente opinión del Comité en *Pey Casado*. A saber:

*La solicitante no está obligada a demostrar que el resultado habría sido diferente - que habría resultado vencedora - si la norma se hubiera respetado. De hecho, el Comité observa que en Wena el comité sostuvo que la solicitante debe demostrar ‘el impacto que la cuestión podía haber tenido sobre el laudo’. El Comité concuerda con que esta es precisamente la forma como se debe analizar la gravedad del quebrantamiento*³⁴⁷. [Traducción del Comité]

Por lo tanto, el Comité no está convencido de la sugerencia que se plantea en *Wena* de que “*el quebrantamiento (...) debe haber provocado que el Tribunal arribara a un resultado*

³⁴⁵ *EDF*, nota 342, *supra*, párr. 199 (AAL-4), que analiza, *inter alia*, la diferencia entre la redacción en español del Convenio y las redacciones en francés e inglés, y concluye que, de conformidad con el principio establecido en el Artículo 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969, el sentido que reconcilia de la mejor manera los tres textos auténticos del Convenio del CIADI radica en que solo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental sustenta causales de anulación. Véase también *MINE*, nota 340, *supra*, párrs. 5.05 a 5.06 (AAL-7).

³⁴⁶ *MINE*, nota 340, *supra*, párr. 5.05 (AAL-7).

³⁴⁷ *Pey Casado*, nota 308, *supra*, párr. 78 (AAL-34), que cita *Wena Hotels Ltd. c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/98/4), Decisión sobre Anulación de 5 de febrero de 2002, párr. 61 (“*Wena*”) (AAL-41). Véase también *Orascom TMT Investments S.à.r.l. c. República Argelina Democrática y Popular* (Caso CIADI No. ARB/12/35), Decisión sobre Anulación de 17 de septiembre de 2020, párrs. 142-143 (“*Orascom*”) (AAL-134).

sustancialmente diferente del que habría decidido si la norma [de procedimiento relevante] se hubiera observado”³⁴⁸ [Traducción del Comité]. El Comité comparte la siguiente opinión del Comité en *TECO*. A saber:

*Exigir a un solicitante que demuestre que habría ganado el caso o que el resultado del caso habría sido otro si se hubiera respetado la norma de procedimiento es un ejercicio altamente especulativo. Un comité de anulación no puede determinar con certeza si se habría logrado alguno de estos resultados sin ponerse en lugar del tribunal, algo para lo cual no está facultado. No obstante, lo que sí puede determinar un comité es si el cumplimiento de una cierta norma de procedimiento por parte del tribunal podría eventualmente haber afectado el laudo*³⁴⁹.

224. Por consiguiente, el Comité no puede aceptar la sugerencia planteada por Glencore y Prodeco de que Colombia debe demostrar que el resultado final del caso *habría* sido diferente si no hubiera sido por el supuesto quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento³⁵⁰. Resulta suficiente para Colombia establecer que *podría* haber sido diferente³⁵¹.
225. No obstante, el Comité tampoco puede aceptar el argumento planteado por Colombia de que “*el daño es inherente a la violación del debido proceso*”³⁵² [Traducción del Comité]. Dicho argumento se sustenta en la decisión del comité *ad hoc* en *Churchill Mining c. Indonesia*³⁵³. Sin embargo, resulta importante observar las afirmaciones del comité en *Churchill* en su contexto. El comité de dicho caso señaló lo siguiente en el párrafo que Colombia invoca. A saber:

(...) cuando haya tenido lugar un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, incluyendo la denegación de una oportunidad razonablemente plena de ser oído, el daño es inherente a la

³⁴⁸ *Wena*, nota 347, *supra*, párr. 58 (AAL-41). Véase también *OI European Group*, nota **Error! Bookmark not defined.**, *supra*, párr. 248 (RAL-241).

³⁴⁹ *TECO*, nota 318, *supra*, párr. 85 (AAL-47).

³⁵⁰ Memorial de Contestación en Anulación, párrs. 53, 55.

³⁵¹ Véase, por ejemplo, *CEAC*, nota 342, *supra*, párr. 93 (AAL-3).

³⁵² Tr. pág. 26: 9-10 (Profesor Silva Romero).

³⁵³ *Churchill*, nota 316, *supra*, párr. 204 (AAL-48).

*violación del debido proceso sin la necesidad de demostrar que el resultado del caso habría sido diferente de otro modo*³⁵⁴. [Traducción del Comité]

Sin embargo, en un párrafo anterior, el comité en *Churchill* había señalado lo siguiente:

*El test versa sobre la naturaleza fundamental de la norma de procedimiento y la gravedad de su quebrantamiento. Es probable que el quebrantamiento grave de una norma fundamental resulte más o menos automáticamente en un daño, en la medida en que dicha parte se vea impedida de las protecciones del debido proceso que la norma procuró ofrecer*³⁵⁵. [Traducción del Comité]

226. Si un tribunal oyó los argumentos y consideró las pruebas de una sola parte antes de arribar a su decisión, no sería respuesta alguna sostener que este quebrantamiento de la norma de igualdad de armas no podría haber derivado en un resultado diferente en virtud de que el caso de la contraparte carecía totalmente de fundamento. No obstante, si una parte fue oída pero ciertos elementos de prueba fueron excluidos, los efectos posibles de la exclusión son relevantes tanto para determinar si tuvo lugar un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, como para determinar si, en dicho caso, el quebrantamiento debe considerarse como grave.
227. Asimismo, Colombia ha argumentado que el Comité “*debe considerar como hecho dado*” que la exclusión de los documentos sobre ilegalidad afectó el resultado del procedimiento³⁵⁶, ya que el Comité no ha visto los documentos que el Tribunal excluyera [Traducción del Comité]. El Tribunal retomará esta cuestión más adelante (véanse párrs. 364-370, *infra*), cuando analice la aplicación del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI a los hechos del presente caso.

(3) *Extralimitación Manifiesta de Facultades*

228. El Artículo 52(1)(b) dispone que un Comité *ad hoc* podrá anular un laudo sobre la base de que “el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”. El párrafo establece dos requisitos y ambos deben cumplirse si un Laudo ha de anularse por esta causal. En primer término, el tribunal debe haberse extralimitado en sus facultades y, en

³⁵⁴ *Churchill*, nota 316, *supra*, párr. 204 (AAL-48).

³⁵⁵ *Churchill*, nota 316, *supra*, párr. 180 (AAL-48).

³⁵⁶ Tr. pág. 26: 21-22 (Profesor Silva Romero).

segundo término, esa extralimitación de facultades debe ser “manifiesta”. La instancia más obvia de una extralimitación de facultades por parte de un tribunal es la decisión de una cuestión que queda fuera de la jurisdicción del tribunal con arreglo al Convenio del CIADI o el TBI relevante (u otro instrumento que confiera jurisdicción) aunque también se ha sostenido que el término incluye el hecho de que un tribunal no ejerza la jurisdicción que posee³⁵⁷.

229. El requisito de que la extralimitación de facultades sea “*manifiesta*” alude a cuán evidente es la extralimitación, más que a su gravedad. En los términos de un comentario destacado sobre el Convenio del CIADI:

*Conforme a su definición en el diccionario, “manifiesto” puede significar “simple”, “claro”, “obvio”, “evidente” y fácilmente comprendido y reconocido por la mente. Por ende, la naturaleza manifiesta de una extralimitación en las facultades no es necesariamente un indicio de su gravedad; sino que se refiere a la facilidad con que se percibe. [...] Una extralimitación en las facultades es manifiesta si se puede advertir con poco esfuerzo y sin un análisis exhaustivo*³⁵⁸.

Esta visión ha sido respaldada en diversas decisiones de comités *ad hoc*. Así, en *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, el Comité estableció que:

*La extralimitación en las facultades debe ser evidente por sí misma, más que el producto de una interpretación elaborada en un sentido u otro. Cuando esto último sucede, la extralimitación en las facultades deja de ser manifiesta*³⁵⁹.

De manera similar, el Comité en *CDC Group c. Seychelles* estableció:

Como lo han interpretado varios comités ad hoc, el término “manifiesto” significa “claro” o “evidente por sí mismo”. Así, incluso si un tribunal se extralimita en sus facultades, la extralimitación debe ser obvia para que la anulación sea un recurso disponible. Una extralimitación aparente en la conducta de un tribunal deja de ser manifiesta si es susceptible de argumento “en uno u otro sentido”. Tal como lo expresara un relator, “si la cuestión es discutible o requiere el análisis del material en que se ha

³⁵⁷ Véase, por ejemplo, *Vivendi I*, nota 340, *supra*, párr. 86 (CL-99).

³⁵⁸ Schreuer, nota 340, *supra*, Artículo 52, párr. 135 (AAL-1).

³⁵⁹ *Wena*, nota 347, *supra*, párr. 25 (AAL-41).

fundado la decisión del Tribunal, la determinación del Tribunal es concluyente”³⁶⁰.

230. Sin embargo, el Comité está de acuerdo con la observación del comité en *EDF c. Argentina* de que:

Si bien el Comité concuerda con que la extralimitación en las facultades solo será manifiesta si se puede identificar con facilidad, considera que esto no significa que la extralimitación deba saltar a la vista en la primera lectura del Laudo. El razonamiento que subyace a un caso puede ser tan complejo que se requiere cierto grado de análisis y estudio para determinar con claridad exactamente qué decidió el tribunal. En tal caso, la necesidad de análisis y estudio no privarán a la extralimitación de su carácter de “manifiesta””³⁶¹.

231. Las decisiones de comités *ad hoc* en otros casos han dejado claro que también constituye una extralimitación de facultades que un tribunal no aplique el derecho aplicable al caso o a la cuestión particular del caso³⁶². No obstante, esa situación debe diferenciarse del caso en donde un tribunal ha aplicado de manera incorrecta el derecho aplicable, ya que los procedimientos de anulación no constituyen una instancia de apelación.
232. Colombia sugiere que hay casos en los cuales la aplicación errónea del derecho es tal que debe tratarse como una falta de aplicación del derecho³⁶³. *Glencore y Prodeco* no están de acuerdo³⁶⁴. El Comité considera que existen circunstancias en las cuales la malinterpretación o aplicación errónea del derecho pueden ser tan groseras que equivalen a una falta de aplicación de ese derecho. Sin embargo, ello debe distinguirse claramente de los casos de error ordinario, y debe equivaler, en las palabras del comité de *AES*, a “*una falta de aplicación del derecho adecuado in toto*”³⁶⁵ [Traducción del Comité]. El Comité considera que el estándar es, por lo tanto, uno muy elevado en el sentido de que solo los casos más graves de malinterpretación o aplicación errónea caerán dentro del concepto de

³⁶⁰ *CDC*, nota 322, *supra*, párr. 41 (RAL-7).

³⁶¹ *EDF*, nota 342, *supra*, párr. 193 (AAL-4).

³⁶² *Soufraki*, nota 308, *supra*, párr. 45 (AAL-2); *EDF*, nota 342, *supra*, párr. 191 (AAL-4).

³⁶³ Memorial de Anulación, párr. 123.

³⁶⁴ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 83.

³⁶⁵ *AES Summit Generation Ltd. c. República de Hungría* (Caso CIADI No. ARB/07/22), Decisión sobre Anulación de 29 de junio de 2012, párrs. 33-35 (AAL-23).

una extralimitación manifiesta de facultades³⁶⁶. Ciertamente no es suficiente que el comité considere que la interpretación o aplicación del derecho fue incorrecta.

233. Las Partes difieren asimismo respecto de la cuestión que consiste en determinar si lo que Colombia describe como “*atrocies errores de hecho o ... una evaluación irracional de la prueba*” por parte del tribunal pueden equivaler a una extralimitación manifiesta de facultades³⁶⁷ [Traducción del Comité]. El Comité opina que la evaluación de la prueba es una cuestión que le compete al tribunal y no una que normalmente pueda ser reconsiderada por un comité *ad hoc*. Si bien un comité *ad hoc* no queda completamente excluido de ningún papel en la revisión de la evaluación de la prueba hecha por un tribunal y de las conclusiones que éste base en dicha evaluación (ver párrs. 406-408, *infra*), el suyo es un papel muy limitado.

(4) *Falta de Expresión de Motivos*

234. La disposición del Artículo 52(1)(e) de que un laudo podrá anularse si “*no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde*” se encuentra estrechamente relacionada con la disposición del Artículo 48(3), que exige que “*el laudo contendrá declaración sobre todas las pretensiones sometidas por las partes al Tribunal y será motivado*”.
235. El requisito de la expresión de motivos es importante, pero igual de importante es que un comité *ad hoc* no se incline por utilizar el Artículo 52(1)(e) como un medio para conducir una apelación. El Comité de *Vivendi I* explicó este punto muy claramente en el siguiente fragmento:

Una fuente de preocupación de mayor envergadura es el fundamento de la omisión de “expresar los motivos”, ya que no está calificada con un adjetivo como “manifiesta” o “seria”.

Sin embargo, se acepta tanto en los casos como en la literatura que el Artículo 52(1)(e) se refiere a la omisión de expresar motivo alguno respecto de todo o parte de un laudo, no a la falta de expresión de razones correctas

³⁶⁶ Véanse *Caratube*, nota 308, *supra*, párr. 81 (RL-184); y *Ioan Micula, Viorel Micula y otros c. Rumania* (Caso CIADI No. ARB/05/20), Decisión sobre Anulación de 26 de febrero de 2016, párr. 130 (AAL-19), ambos hacen referencia a un estándar “elevado”.

³⁶⁷ Memorial de Anulación, párrs. 131-132; compárese con Memorial de Contestación en Anulación, párrs. 80-81.

o convincentes. Cabe reiterar que un comité ad hoc no es un tribunal de apelaciones. Siempre y cuando las razones que dé un tribunal puedan ser comprendidas y se relacionen con las cuestiones tratadas ante el tribunal, la exactitud de las mismas no es pertinente. Más aún, los motivos pueden manifestarse en forma sucinta o con todo detalle, y las diferentes tradiciones judiciales difieren en su manera de expresar las razones. Debe permitirse a los tribunales cierta discrecionalidad en cuanto al modo en que expresan sus razones.

En la opinión del Comité, la anulación conforme al Artículo 52(1)(e) sólo debe ocurrir en un caso muy manifiesto. En opinión del Comité, es necesario que se satisfagan dos requisitos: en primer término, que la omisión de expresar los motivos en que se fundó el Laudo debe suponer que la decisión sobre una cuestión en particular carece de cualquier justificación expresa y, en segundo término, que esa cuestión debe ser en sí misma necesaria para la decisión del tribunal. Suele decirse que las razones contradictorias se cancelan recíprocamente, y así debe suceder si son genuinamente contradictorias. Pero en ocasiones los tribunales deben compensar consideraciones conflictivas una con otras, y un comité ad hoc debe tener mucho cuidado en no discernir que hay una contradicción cuando lo que en efecto se expresa en los fundamentos de un tribunal, según podría decirse con mayor exactitud, no es sino el reflejo de tales consideraciones conflictivas³⁶⁸.

236. Por lo tanto, el Comité coincide con la observación del comité de *EDF* respecto de que “*El Artículo 52(1)(e) faculta al comité para anular un laudo, si hubo una falta de expresión de motivos sobre los que se funda el laudo; pero no faculta al comité para anular un laudo por considerar que el razonamiento no es convincente*”³⁶⁹.
237. Dos consideraciones adicionales respecto del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI resultan pertinentes. En primer término, un tribunal debe responder a cada “pretensión” planteada ante él, y debe expresar motivos que le permitan al lector discernir cómo llegó a esa respuesta. Sin embargo, no se exige que el tribunal aborde cada aspecto de cada argumento esgrimido por una parte con respecto a una cuestión particular. Tal como explicó el comité de *Enron*:

Esto requiere que el tribunal manifieste sus pertinentes conclusiones de hecho, sus conclusiones pertinentes respecto de los principios legales

³⁶⁸ *Vivendi I*, nota 340, *supra*, párrs. 64-65 (CL-99).

³⁶⁹ *EDF*, nota 342, *supra*, párr. 195 (AAL-4) (énfasis en el original); véase también *TECO*, nota 318, *supra*, párr. 87. Véase también *Orascom*, nota 347, *supra*, párrs. 164-165, 170 (AAL-134).

*aplicables y sus conclusiones sobre la aplicación del derecho a los hechos. Si el tribunal procede de esta manera, el laudo no se anulará bajo el fundamento de que el tribunal pudo haber manifestado sus razones y analizado sus conclusiones de hecho o de derecho de manera más detallada, o de que el tribunal no ha emitido su evaluación respecto de cada elemento de prueba en particular o de cada autoridad legal individual o disposición legal individual en la que se apoyen las partes o de que no ha manifestado de manera expresa su consideración sobre cada punto de derecho o de hecho en particular que hubiere sido formulado por las partes durante el proceso. El tribunal debe dar las razones de su decisión pero no debe necesariamente fundamentar sus razones*³⁷⁰.

238. En segundo término, el Comité toma nota del argumento de Colombia de que un laudo podrá anularse si los motivos expresados son “*frívolos*” o “*manifiestamente irrelevantes*”³⁷¹. El Comité acepta que, si los motivos son manifiestamente irrelevantes para la cuestión que debe dirimirse, no constituirán motivos para la decisión. No obstante, considera que un comité *ad hoc* debe proceder con mucha cautela en este sentido ya que las alegaciones de que los motivos son irrelevantes, y aún más, de que son “*frívolos*” pueden convertirse en una invitación a la anulación del laudo sobre la base de que el comité disiente de los motivos expresados [Traducción del Comité]. Aceptar esa invitación sería convertir el procedimiento de anulación en una instancia de apelación³⁷². Aunque el Comité acepta que podría existir un caso en el cual el laudo pudiera anularse en razón de que los motivos expresados fueron frívolos o manifiestamente irrelevantes, el umbral es efectivamente uno muy elevado. En particular, un motivo no es “frívolo” porque muchos – incluido un comité *ad hoc* – lo consideren erróneo; para justificar la anulación, debe ser tal que ningún tribunal razonable podría tomarlo posiblemente en serio. A mayor abundamiento, un laudo no puede anularse debido a que uno de los motivos expresados sea frívolo o manifiestamente irrelevante, siempre que los motivos restantes constituyan una explicación coherente de la decisión adoptada.

³⁷⁰ *Enron Creditors Recovery Corp. y Ponderosa Assets, LP c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/01/3), Decisión sobre la solicitud de anulación de la República Argentina de 30 de julio de 2010, párr. 222 (AAL-26).

³⁷¹ Memorial de Anulación, párr. 166.

³⁷² *Orascom*, nota 347, *supra*, párr. 165 (AAL-134).

VI. LA CUESTIÓN DE LOS DOCUMENTOS

A. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

(1) Colombia

239. Colombia impugna en primer término la decisión del Tribunal en la RP2 de no admitir en el expediente los Documentos en Disputa de la SIC y sus decisiones posteriores respecto de la invocación de privilegios por parte de Glencore y Prodeco (RP4 y RP6) y los documentos de la FGN (RP6).
240. Colombia mantiene que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho; que infringió gravemente el derecho procesal fundamental de Colombia a ser oída, respecto de la totalidad de su prueba; y que no proporcionó un razonamiento coherente o lógico para justificar su decisión³⁷³. Colombia argumenta que estos errores se cometieron en decisiones procesales que el Tribunal adoptó en las resoluciones procesales relevantes y que se incorporaron en el Laudo, que ha resultado “viciado”, y que, por lo tanto, debiera anularse en su totalidad³⁷⁴. [Traducción del Comité]
241. Para Colombia, estas omisiones se tornan más graves debido a que las pruebas que el Tribunal excluyó eran, en la opinión de Colombia, alegaciones relevantes de corrupción que un tribunal tiene el deber de investigar con rigor particular.

(a) Resolución Procesal No. 2

(i) Extralimitación Manifiesta de Facultades

242. Colombia afirma que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al desestimar el marco jurídico adecuado para evaluar la admisibilidad de pruebas, y, en subsidio, que cometió errores tan flagrantes en la aplicación del derecho que equivalen a una falta de aplicación del derecho aplicable³⁷⁵. Más específicamente, Colombia aduce que el Tribunal se equivocó en lo siguiente: (i) en su elección del derecho para dirimir la controversia de las Partes respecto de la admisibilidad de los Documentos en Disputa de la

³⁷³ Memorial de Anulación, párr. 207.

³⁷⁴ Memorial de Anulación, párr. 208.

³⁷⁵ Memorial de Anulación, párr. 217.

SIC; (ii) en su aplicación errónea del derecho colombiano; y (iii) en su omisión de aplicar, o en la flagrante aplicación errónea, del derecho internacional³⁷⁶.

243. Según Colombia, el Convenio y las Reglas del CIADI establecen que las cuestiones procesales – como la admisibilidad de la prueba – deben regirse por el derecho internacional en ausencia de un *renvoi* expreso al derecho interno acordado por las partes u ordenado por las normas de derecho internacional³⁷⁷. Como tal, argumenta Colombia, la referencia que hace el Tribunal al derecho interno de Colombia en la RP2 fue sumamente irregular. Además, el razonamiento del Tribunal, en supuesta justificación de su referencia al derecho interno, constituyó una “*evidente aplicación errónea*” del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI, el cual, según Colombia, “*nada tiene que ver con*” el derecho aplicable a las cuestiones procesales³⁷⁸. Agregado a esto, Colombia argumenta que, en su aplicación errónea del derecho colombiano, el Tribunal malinterpretó groseramente la noción de “desviación de poder”, que no había sido planteada por ninguna de las Partes³⁷⁹. Colombia afirma que, si el Tribunal hubiera llevado a cabo un “*análisis adecuado*”, habría arribado a la conclusión de que la ANDJE estaba autorizada para solicitar los Documentos en Disputa a la SIC, y que la SIC estaba jurídicamente obligada a entregar estos documentos a la ANDJE de ser solicitados por esta última³⁸⁰ [Traducción del Comité].
244. Colombia reconoce que el Tribunal al menos profesó aplicar el derecho internacional, y que hizo referencia a determinados conceptos de derecho internacional, tales como “*igualdad de armas*” y “*buena fe*”³⁸¹ aunque sostiene que se trató de una mera fachada³⁸². Colombia argumenta que un análisis de la RP2 en efecto revela una omisión absoluta de aplicación de “*algo que se parezca al derecho internacional*”³⁸³. Según Colombia, el razonamiento del Tribunal fue circular y carente de los imperativos metodológicos de una

³⁷⁶ Memorial de Anulación, párr. 218.

³⁷⁷ Memorial de Anulación, párr. 223.

³⁷⁸ Memorial de Anulación, párrs. 220-226, 285.

³⁷⁹ Memorial de Anulación, párr. 252.

³⁸⁰ Memorial de Anulación, párr. 255.

³⁸¹ Memorial de Anulación, párrs. 235-237.

³⁸² Memorial de Anulación, párrs. 235-237.

³⁸³ Memorial de Anulación, párr. 231.

aplicación del derecho internacional³⁸⁴. En lugar de dedicarse a las normas jurídicas que tradicionalmente rigen la admisibilidad con arreglo al derecho internacional, el Tribunal adoptó la decisión “*sin precedentes*” de aplicar su propia noción subjetiva de “*justicia*”³⁸⁵. Como tal, Colombia considera que la RP2 constituye un pronunciamiento *ex aequo et bono* que el Tribunal no estaba facultado a realizar³⁸⁶. Aun en el supuesto de que la decisión de aplicar el estándar de “*justicia*” no se considere una falta de aplicación del derecho internacional, Colombia mantiene que el apartamiento de los principios aceptados del derecho internacional por parte del Tribunal fue tan flagrante como para “*constituir, en la práctica, la no aplicación del derecho adecuado*”³⁸⁷. [Traducción del Comité]

(ii) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

245. Colombia afirma que la decisión del Tribunal en la RP2 constituyó un quebrantamiento grave de los derechos procesales fundamentales de Colombia a ser oída y a citar pruebas obtenidas lícitamente en su defensa. Aunque Colombia acepta que la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI confiere a los tribunales discrecionalidad para excluir pruebas, afirma que el ejercicio de esa discrecionalidad debe sin embargo ser “*informado de algún modo*”³⁸⁸. En este sentido, la Solicitante cita el principio de que “*ninguna prueba debería excluirse a limine*”³⁸⁹. Como consecuencia de esta norma, Colombia argumenta que, salvo en un conjunto muy limitado de circunstancias excepcionales (pruebas obtenidas de manera ilegal o que se encuentren sujetas a privilegio legal), toda prueba producida por las partes debería admitirse “*automáticamente*”³⁹⁰. [Traducción del Comité]

³⁸⁴ Memorial de Anulación, párrs. 235-237.

³⁸⁵ Solicitud, párr. 46; Memorial de Anulación, párr. 232; Tr. págs. 17: 3-5 and 16:20-22 (Profesor Silva Romero).

³⁸⁶ Solicitud, párr. 52; Memorial de Anulación, párr. 235; Tr. pág. 17:3-5 (Profesor Silva Romero).

³⁸⁷ Memorial de Anulación, párr. 239.

³⁸⁸ Tr. pág. 165: 22-24 (Sr. Farhadi).

³⁸⁹ Memorial de Anulación, párrs. 174-175, que citan a H. Lauterpacht, “*The So-called Anglo-American and Continental Schools of Thoughts in International Law*”, *British Yearbook of International Law*, Tomo 12, 1931, pág. 42 (AAL-59).

³⁹⁰ Réplica en Anulación, párr. 90, nota al pie 149 que cita *Elaboración de las Normas de la Corte de 30 de enero de 1922*, CPJI, Serie D, No. 2, 1922, pág. 210 (AAL-106) (“*M. Anzilotti: [...] la Corte ha aceptado el principio de que toda prueba producida por las partes debería admitirse automáticamente*”). [Traducción del Comité]; Réplica en Anulación, párrs. 92-93; Memorial de Anulación, párrs. 200-201.

246. Según la Solicitante, esta “*norma de admisibilidad liberal de la prueba*” deriva del derecho a ser oído³⁹¹, un derecho procesal fundamental, y que en sí mismo se “*clasifica mejor*” como un principio general de derecho internacional en el sentido del Artículo 38(1)(c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (“**CIJ**”)³⁹². En sustento de esta proposición, Colombia presenta diversas autoridades, que, afirma, demuestran que la norma de admisibilidad liberal ha sido “*acogida universalmente*” por la doctrina y en la práctica de las cortes y tribunales internacionales durante más de un siglo³⁹³ [Traducción del Comité]. Sin embargo, a pesar de su condición y relevancia para la cuestión objeto de análisis en la RP2, la norma de admisibilidad liberal fue absolutamente ignorada por el Tribunal³⁹⁴.
247. Aparte, y además de su falta de aplicación de la norma de admisibilidad liberal, Colombia afirma que el Tribunal quebrantó gravemente el derecho fundamental de Colombia a ser oída por su aplicación del principio jurídico colombiano de “*desviación de poder*”³⁹⁵.
248. Colombia sostiene que la decisión de excluir los Documentos en Disputa de la SIC tuvo un efecto profundo en el curso del arbitraje. Colombia afirma que, si se hubieran admitido, el Tribunal “*no habría tenido otra opción*” que determinar que la inversión de Glencore y Prodeco era ilícita y, por ende, fuera de la protección del TBI³⁹⁶. Colombia mantiene que los correos electrónicos “*demuestran de manera incontrovertible la corrupción del Sr. Ballesteros [por parte de Glencore y Prodeco]*” y, además, aportaron pruebas de sus “*calculados esfuerzos para tergiversar la lógica económica y técnica para una modificación adicional del Contrato Minero*” de modo tal de “*inducir erróneamente*” a Ingeominas a aceptar el Otrosí No. 8³⁹⁷. Colombia argumenta que, como tal, no se puede denegar que los quebrantamientos de las normas fundamentales de procedimiento por parte del Tribunal fueron “*graves*” en los términos del Artículo 52(1)(d) del Convenio del

³⁹¹ Alegato de Apertura de Colombia, 6 de noviembre de 2020 (“Alegato de Apertura de Colombia ante el Comité”), diapositiva 14 (**AAE-38**), que remite a *Orascom, supra*, nota 347, párrs. 138, 144 (**AAL-134**); Réplica en Anulación, párr. 94; Tr. págs. 15:13-15, 17: 1-3, 11-15 (Profesor Silva Romero).

³⁹² Memorial de Anulación, párr. 174.

³⁹³ Memorial de Anulación, párrs. 173-187; Réplica en Anulación, párr. 90, nota al pie 146.

³⁹⁴ Memorial de Anulación, párr. 241.

³⁹⁵ Memorial de Anulación, párr. 252.

³⁹⁶ Solicitud, párr. 40.

³⁹⁷ Solicitud, párr. 40.

CIADI³⁹⁸. Colombia agrega que, en cualquier caso, el Comité no está obligado a determinar que el quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento habría tenido un resultado determinante para que sea “grave”, dado que el daño es inherente a la violación del debido proceso³⁹⁹. Asimismo, como una cuestión práctica, Colombia aduce que “*es absolutamente incierto*” cómo “*pudo incluso proceder a establecer*” que los Documentos en Disputa de la SIC habrían sido determinantes del resultado, dada su exclusión⁴⁰⁰. [Traducción del Comité]

(iii) *Falta de Expresión de Motivos*

249. Por último, Colombia asevera que el Tribunal no expresó motivos para justificar su decisión en la RP2⁴⁰¹. Según la Solicitante, el breve razonamiento del Tribunal “*no fue solamente frívolo y contradictorio, sino también incoherente*”⁴⁰². A modo de ejemplo, la referencia al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI en el análisis del derecho aplicable por parte del Tribunal se dice que es frívola en cuanto resulta “*manifiestamente irrelevante*” y “*no puede explicar de manera lógica la decisión*” del Tribunal. Asimismo, al igual que lo que antecede, Colombia argumenta que el Tribunal ni “*siquiera reconoció*” la invocación que formulara Colombia de la norma de admisibilidad liberal de la prueba e ignoró las autoridades legales citadas por Colombia en sustento de su solicitud. Como tal, según Colombia, su decisión de excluir los Documentos en Disputa resulta “*insuficiente desde una perspectiva lógica para justificar la conclusión del Tribunal*”⁴⁰³. En sustento de esta afirmación, Colombia recuerda la conclusión en CEAC de que “*a efectos de dictar un laudo completamente motivado, un tribunal debe responder a cada ‘pretensión’ planteada ante él*”, y no simplemente proporcionar un razonamiento para el resultado final⁴⁰⁴. [Traducción del Comité]

³⁹⁸ Memorial de Anulación, párrs. 276-280.

³⁹⁹ Alegato de Apertura de Colombia ante el Comité, nota 391, *supra*, diapositiva 21 (AAE-38), que hace referencia a *Churchill*, nota 316, *supra*, 204 (AAL-48).

⁴⁰⁰ Réplica en Anulación, párr. 57.

⁴⁰¹ Memorial de Anulación, párr. 238.

⁴⁰² Memorial de Anulación, párr. 285.

⁴⁰³ Memorial de Anulación, párr. 287.

⁴⁰⁴ Memorial de Anulación, párr. 287.

(b) *Resolución Procesal No. 4*

250. Colombia acepta que en la RP2 el Tribunal dejó abiertas dos maneras en las cuales los Documentos en Disputa de la SIC podrían sin embargo pasar a formar parte del expediente del caso: en primer término, mediante el proceso tradicional de exhibición de documentos y, en segundo término, si llegaran a formar parte del expediente en los procesos penales que se tramitaran ante los tribunales colombianos y no gozaran de privilegio legal. No obstante, Colombia afirma que, tras parecer haber dejado la puerta entreabierto en este sentido, el Tribunal la cerró de un portazo con sus decisiones en la RP4 y la RP6⁴⁰⁵.
251. Colombia afirma que la decisión del Tribunal en la RP2 de brindarle a cada una de las Partes la oportunidad de presentar nuevas solicitudes de exhibición de documentos le dio “*alguna esperanza*” de que el Tribunal subsanaría el efecto de su decisión de excluir los Documentos en Disputa de la SIC en la RP2⁴⁰⁶. Según Colombia, fue por este motivo que cumplió debidamente con el procedimiento establecido por la RP2 para una nueva fase de solicitudes de exhibición de documentos⁴⁰⁷, con el objetivo de obtener de Glencore y Prodeco los Documentos en Disputa de la SIC “*ya en poder de Colombia*”⁴⁰⁸. [Traducción del Comité]
252. En respuesta a las solicitudes de exhibición de documentos de Colombia, Colombia afirma que Glencore y Prodeco levantaron una “*barrera*” adicional a la revelación de los Documentos en Disputa de la SIC invocando privilegio sobre los documentos que “*manifiestamente no gozaban de dicho privilegio*”, incluida toda la correspondencia que involucraba a los abogados internos⁴⁰⁹. Según Colombia, el privilegio legal no es aplicable a las comunicaciones con los abogados internos y, aun si lo fuera, “*no resultaba aplicable a los documentos sobre los cuales [Glencore y Prodeco] lo había invocado*”⁴¹⁰. [Traducción del Comité]

⁴⁰⁵ Tr. págs. 23:21-25:9 (Profesor Silva Romero).

⁴⁰⁶ Memorial de Anulación, párr. 293.

⁴⁰⁷ Tr. pág. 24:5-7 (Profesor Silva Romero).

⁴⁰⁸ Tr. pág. 24:7-9 (Profesor Silva Romero).

⁴⁰⁹ Memorial de Anulación, párrs. 295-296; Tr. pág. 24:9-14 (Profesor Silva Romero).

⁴¹⁰ Tr. pág. 62:18-19 (Profesor Silva Romero); Memorial on Ann., párr. 298.

253. Sin embargo, Colombia afirma que “*continuó navegando en el laberinto procesal del Tribunal*” al plantear estas cuestiones al Tribunal para su resolución en la RP4⁴¹¹. Colombia afirma además que, en sus apelaciones al Tribunal, solicitó “*expresamente*” que el propio Tribunal o un “*conflict counsel*” (inspector de privilegios) se pronunciara sobre el carácter privilegiado de los Documentos en Disputa sujetos a Revelación, documento por documento⁴¹². [Traducción del Comité]
254. Empero, Colombia afirma que habiendo en apariencia dejado la puerta abierta a la admisión de los Documentos en Disputa de la SIC mediante el “*procedimiento adecuado*”, el Tribunal cerró esta puerta de un golpe con su decisión en la RP4 (y, ulteriormente, en la RP6)⁴¹³. Colombia afirma que el Tribunal no solo se pronunció en contra de Colombia respecto de la cuestión del derecho aplicable, sino que “*para colmo de males*” denegó su solicitud de una evaluación independiente del carácter privilegiado de los Documentos de la Lista de Documentos Privilegiados⁴¹⁴ [Traducción del Comité]. En la opinión de Colombia, la decisión del Tribunal sobre este particular resultó viciada por una extralimitación manifiesta de facultades, quebrantamientos graves de una norma fundamental de procedimiento y una falta de expresión de motivos.

(i) *Extralimitación Manifiesta de Facultades*

255. Según Colombia, el Tribunal no aplicó el derecho aplicable a la cuestión que consiste en determinar si las comunicaciones jurídicas de los abogados internos se encontraban o no sujetas a privilegio legal⁴¹⁵.
256. Colombia afirma que el derecho colombiano debería haber regido la decisión del Tribunal. Según Colombia, la existencia de privilegio exige, “*como mínimo, comprobar las expectativas de las partes en la comunicación en el momento de su realización*”⁴¹⁶ [Traducción del Comité]. Colombia afirma que, en las circunstancias del presente caso, las

⁴¹¹ Tr. pág. 24:15-16 (Profesor Silva Romero).

⁴¹² Tr. págs. 24:16-19, 67:24-68:2 (Profesor Silva Romero).

⁴¹³ Tr. pág. 24:22-23 (Profesor Silva Romero); Memorial de Anulación, párr. 323.

⁴¹⁴ Memorial de Anulación, párr. 300.

⁴¹⁵ Memorial de Anulación, párrs. 303-314; Réplica en Anulación, párr. 229; Tr. págs. 20:24-21:8 (Profesor Silva Romero).

⁴¹⁶ Réplica en Anulación, párr. 233.

expectativas de las comunicaciones internas de los ejecutivos de Prodeco en Colombia habrían sido establecidas por el derecho colombiano⁴¹⁷. Sobre esta base, el derecho internacional, que según Colombia constituye el derecho aplicable a las cuestiones de procedimiento, ordena un *renvoi* al derecho interno del Estado en el que se dio el consejo legal relevante. A pesar de esto, Colombia afirma que el Tribunal realizó su evaluación sobre la base de su evaluación del derecho internacional, haciendo referencia al derecho colombiano solo en segundo término⁴¹⁸.

257. En segundo lugar, Colombia asevera de manera definitiva que el derecho colombiano no extiende el privilegio a las comunicaciones con los abogados internos⁴¹⁹. Como tal, según la Solicitante, el análisis que realiza el Tribunal del derecho interno de Colombia demuestra que “*malinterpretó manifiesta y flagrantemente las autoridades básicas*” citadas por Colombia⁴²⁰ [Traducción del Comité]. Además, el Tribunal no hizo referencia a fuente alguna que sustentara explícitamente su afirmación de que el derecho colombiano reconoce como legalmente privilegiadas a las comunicaciones con los abogados internos⁴²¹.
258. En tercer lugar, aun en su “*supuesta aplicación*” del derecho internacional, Colombia afirma que el Tribunal aplicó el derecho de manera flagrantemente errónea⁴²². Colombia considera que el Tribunal se equivocó gravemente en su determinación de que el privilegio de los abogados internos se encuentra protegido por “*un principio general de derecho en el sentido del Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*”⁴²³. [Traducción del Comité]
259. Colombia argumenta que el Tribunal en realidad no realizó un análisis de la existencia de un principio general de derecho relevante⁴²⁴. Colombia afirma que, de haberlo hecho, habría determinado que la práctica de los Estados en su tratamiento de las comunicaciones

⁴¹⁷ Réplica en Anulación, párr. 233.

⁴¹⁸ Memorial de Anulación, párr. 312; Réplica en Anulación, párr. 233.

⁴¹⁹ Memorial de Anulación, párrs. 312-313; Réplica en Anulación, párr. 233; Tr. págs. 20:24-21:3 (Profesor Silva Romero).

⁴²⁰ Memorial de Anulación, párr. 314; Réplica en Anulación, párr. 233.

⁴²¹ Memorial de Anulación, párr. 312.

⁴²² Réplica en Anulación, párr. 234; Tr. pág. 21:8-10.

⁴²³ Réplica en Anulación, párr. 234, que hace referencia a la RP4, nota 72, *supra*, párr. 38 (AAE-9).

⁴²⁴ Tr. págs. 64:15-24, 65:17-25-66:1 (Profesor Silva Romero).

de los abogados internos varía ampliamente, lo cual torna imposible discernir un principio de aplicación general⁴²⁵. En cambio, el Tribunal simplemente aplicó los criterios de *Vito Gallo*⁴²⁶. Colombia afirma sobre esta base que el Tribunal esencialmente “*no halló más justificación jurídica que la de citarse a ellos mismos*” dado que los miembros del Tribunal en el presente caso se superpusieron por dos tercios con aquellos en *Vito Gallo*, “*incluido el mismo presidente*”⁴²⁷. Colombia concluye como tal que el Tribunal no solo optó por el derecho equivocado para regir la cuestión ante sí, sino que ni siquiera aplicó el derecho que había identificado erróneamente como aplicable⁴²⁸. Colombia afirma que al estar tan ausentes de la decisión del Tribunal “*las características distintivas de un análisis de derecho internacional, no puede decirse que, en estas circunstancias, el Tribunal aplicara objetivamente el derecho internacional*”⁴²⁹. [Traducción del Comité]

260. Colombia concluye que las omisiones del Tribunal en estos aspectos constituyen una extralimitación manifiesta de facultades ya que “*equivale a una desestimación efectiva del derecho aplicable*” y “*es de un carácter o grado tal que constituye objetivamente (independientemente de las intenciones reales o supuestas del Tribunal) su no aplicación efectiva*”⁴³⁰. [Traducción del Comité]

(ii) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

261. Colombia alega que la decisión del Tribunal de basarse en una declaración jurada del abogado de Glencore y Prodeco para determinar qué documentos cumplían con los criterios para gozar del privilegio abogado-cliente, en vez de someter la cuestión a un tercero imparcial (al que Colombia denomina “*conflict counsel*”, más conocido como “*inspector de privilegios*”), ignoró los derechos fundamentales de Colombia a un tratamiento

⁴²⁵ Memorial de Anulación, párr. 310; Réplica en Anulación, párr. 234; Tr. pág. 66:1-10 (Profesor Silva Romero), que hace referencia a *Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akcros Chemicals Ltd c. la Comisión Europea*, TJE, Fallo de 14 de septiembre de 2010, párrs. 72, 74 (“*Akzo*”) (RL-116).

⁴²⁶ Tr. pág. 65:2-11 (Profesor Silva Romero), que hace referencia a la RP4, nota 72, *supra*, párrs. 38, 51, 53-54 (AAE-9); y *Vito Gallo*, nota 148, *supra* (RL-129).

⁴²⁷ Tr. pág. 65:11-15 (Profesor Silva Romero).

⁴²⁸ Tr. págs. 21:8-10, 66:11-16 (Profesor Silva Romero).

⁴²⁹ Tr. pág. 66:16-19 (Profesor Silva Romero) Réplica en Anulación, párr. 234.

⁴³⁰ Memorial de Anulación, párr. 314.

equitativo, a ser oída y a presentar pruebas en su defensa, lo cual constituye otro error susceptible de anulación⁴³¹.

262. Colombia recuerda que los documentos respecto de los cuales Glencore y Prodeco habían invocado privilegio también se encontraban en manos de Colombia al ser confiscados por la SIC⁴³². Por ende, Colombia estaba tan capacitada como los abogados Glencore y Prodeco para evaluar si tales documentos cumplían con la definición de privilegio abogado-cliente del Tribunal⁴³³. Colombia alega que, en estas circunstancias, se debería haber designado un inspector de privilegios que resolviera el asunto⁴³⁴. Colombia sostiene que, ya que ninguna de las Partes era neutra u objetiva y ambas tenían acceso a las pruebas en cuestión, o ambas o ninguna de las Partes debería haber participado de la evaluación de privilegios solicitada por el Tribunal⁴³⁵. Al permitir que el asunto se resolviera mediante una declaración jurada del abogado de Glencore y Prodeco, el Tribunal violó el derecho fundamental de Colombia a ser oída y su derecho de igualdad de armas, y la privó de pruebas críticas⁴³⁶.

(iii) Falta de Expresión de Motivos

263. Colombia también sostiene que el Tribunal no indicó correctamente los motivos de su decisión. Alega que el Tribunal malinterpretó el significado claro de la autoridad sobre derecho colombiano a la que hizo referencia⁴³⁷. Además, Colombia afirma, como un ejemplo de motivo “*frívolo*”, que el Tribunal se refirió a la inexistencia de precedentes judiciales y administrativos como una indicación afirmativa de la existencia de una norma jurídica”⁴³⁸.

⁴³¹ Tr. pág. 25:19-24 (Profesor Silva Romero).

⁴³² Tr. pág. 21:19-20 (Profesor Silva Romero); Memorial de Anulación, párr. 300.

⁴³³ Tr. págs. 62:17-22, 67:6-10 (Profesor Silva Romero).

⁴³⁴ Tr. pág. 67:22-24 (Profesor Silva Romero).

⁴³⁵ Tr. pág. 68:9-13 (Profesor Silva Romero).

⁴³⁶ Tr. págs. 25:19-24, 68:14-18 (Profesor Silva Romero); Memorial de Anulación, párrs. 315-316.

⁴³⁷ Memorial de Anulación, párr. 320; Réplica en Anulación, párr. 252.

⁴³⁸ Memorial de Anulación, párr. 320.

264. Colombia alega que el Tribunal no indicó los motivos por los que se negó a examinar la cuestión sobre privilegios documento por documento⁴³⁹. Colombia refuta la insinuación de que la RP4 fue una mera decisión procesal de rutina sobre exhibición de documentos que, en última instancia, no requería un razonamiento detallado⁴⁴⁰. Según Colombia, en la circunstancia inusual en la que ambas Partes tenían acceso a los documentos en cuestión, el Tribunal renunció a su deber de contestar todas las preguntas formuladas al delegar la tarea de análisis de privilegios documento por documento a una de las Partes de la controversia⁴⁴¹. Por lo tanto, al deferir al análisis de privilegios de Glencore y Prodeco, Colombia alega que el Tribunal “*básicamente ignoró 159 preguntas formuladas ante él, es decir, si cada uno de los documentos en cuestión estaba sujeto a privilegio*”⁴⁴². [Traducción del Comité]
265. Por último, Colombia alega que el razonamiento del Tribunal en la RP4 fue “*contradictorio*” con su decisión en la RP2⁴⁴³. Mientras que en la RP2 el Tribunal excluyó los Documentos en Disputa de la SIC bajo la premisa de que “*establecería el ‘procedimiento correcto’ para permitir una oportunidad justa de poder agregarlos al expediente*” [Traducción del Comité], no estableció dicho objetivo ni procedimiento adecuado en la RP4⁴⁴⁴.

(c) Resolución Procesal No. 6

266. Colombia alega que, en la RP2, el Tribunal prometió que Colombia podría agregar al expediente pruebas recopiladas por autoridades de orden público en el marco de acciones penales, pero que “*rompió esa promesa*” en la RP6⁴⁴⁵. Colombia sostiene que, en esa decisión, “*el Tribunal nuevamente emitió una decisión contradictoria al inventar nuevas normas jurídicas*” para excluir los Documentos en Disputa⁴⁴⁶. [Traducción del Comité]

⁴³⁹ Memorial de Anulación, párr. 321.

⁴⁴⁰ Réplica en Anulación, párr. 253.

⁴⁴¹ Réplica en Anulación, párr. 254.

⁴⁴² Memorial de Anulación, párr. 321; Réplica en Anulación, párr. 256.

⁴⁴³ Memorial de Anulación, párr. 322.

⁴⁴⁴ Réplica en Anulación, párr. 257.

⁴⁴⁵ Solicitud, párr. 70.

⁴⁴⁶ Solicitud, párr. 46.

(i) *Extralimitación Manifiesta de Facultades*

267. Colombia asevera que el Tribunal no aplicó “ninguna ley en absoluto” en la Resolución Procesal No. 6⁴⁴⁷. Colombia sostiene que el Tribunal ni siquiera “intentó explicar qué ley (en su caso) estaba aplicando” para llegar a su decisión⁴⁴⁸. En lugar de la sección “habitual” sobre derecho aplicable, Colombia señala que el Tribunal incluyó una sección denominada “Disposiciones Aplicables” en la que simplemente citó los párrafos pertinentes de la RP2⁴⁴⁹. Según Colombia, el Tribunal procedió a interpretar su propio *obiter dictum* con el fin de “extraer una ‘norma’ jurídica de las penumbras del término ‘recopiladas’”⁴⁵⁰. Al hacerlo, Colombia asevera que el Tribunal “ni siquiera consideró y mucho menos aplicó” el derecho⁴⁵¹. [Traducción del Comité]

(ii) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

268. Colombia afirma que el Tribunal incurrió en quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en la RP6 al excluir los Documentos de la FGN y los Documentos del Anexo A, a pesar de que estos “eran relevantes y no privilegiados, y se habían obtenido lícitamente”⁴⁵² [Traducción del Comité]. Señala que la decisión del Tribunal en este sentido denegó a Colombia su derecho fundamental a ser oída y su derecho concurrente a presentar pruebas en su defensa⁴⁵³.
269. Colombia afirma que la decisión del Tribunal sobre los criterios de admisibilidad en la RP6 difería de los criterios que había el mismo establecido en la RP2. Colombia se queja de que la decisión del Tribunal de excluir los Documentos de la FGN porque “no formaban parte de una acusación formal en un procedimiento penal colombiano” introducía un requisito que nunca había sido establecido por el Tribunal⁴⁵⁴. Colombia describe ese requisito como

⁴⁴⁷ Memorial de Anulación, párr. 342.

⁴⁴⁸ Memorial de Anulación, párr. 342.

⁴⁴⁹ Memorial de Anulación, párr. 342.

⁴⁵⁰ Memorial de Anulación, párr. 342.

⁴⁵¹ Memorial de Anulación, párr. 342.

⁴⁵² Memorial de Anulación, párr. 343 (énfasis añadido).

⁴⁵³ Memorial de Anulación, párr. 343.

⁴⁵⁴ Solicitud, párr. 73.

“otro mero invento diseñado para excluir los Documentos [en Disputa]”⁴⁵⁵. Según Colombia, no hay ninguna regla en el derecho internacional o en el derecho colombiano “que respalde ese criterio de excluir pruebas y, reveladoramente, el Tribunal no indicó ningún motivo que justifique su conclusión”⁴⁵⁶. [Traducción del Comité]

270. En cuanto a los Documentos del Anexo A “supuestamente sujetos a privilegio”, Colombia repite las quejas que planteó respecto de la RP4. En particular, Colombia señala que el Tribunal rechazó expresamente la solicitud de Colombia de admisión de estos documentos ya que no era su función “cuestionar” la determinación del abogado de Glencore y Prodeco de que los documentos eran privilegiados. Al respecto, Colombia alega que:

... si el Tribunal no quería creer a Colombia –que tenía los documentos, o al Sr. Enciso, un abogado independiente en materia de conflictos contratado por Colombia–, debería haber solicitado que un inspector de privilegios designado por el Tribunal revisara estos documentos, tal como lo había solicitado Colombia. De nuevo, en lugar de ello, el Tribunal decidió que la palabra de las Demandantes era suficiente, con lo cual no dejó ninguna puerta abierta para que Colombia exhibiera documentos que Colombia sabía que no eran privilegiados⁴⁵⁷. [Traducción del Comité]

271. Colombia asevera que el Tribunal quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento en la RP6 al excluir los Documentos de la FGN y los Documentos del Anexo A. Según Colombia, el Tribunal “se negó a observar su propia regla anterior y, en cambio, impuso requisitos bizantinos imprevisibles a Colombia” con respecto a la exhibición de documentos, con lo cual “actuó de una manera tan arbitraria que ofendió las reglas de justicianatural”⁴⁵⁸. [Traducción del Comité]

(iii) Falta de Expresión de Motivos

272. Por último, Colombia explica que el Tribunal no indicó los motivos de su decisión de no admitir los Documentos de la FGN⁴⁵⁹. Colombia alega que el Tribunal no citó “una sola autoridad” para fundar su decisión de imponer el requisito de que “las pruebas deben ser

⁴⁵⁵ Solicitud, párr. 73.

⁴⁵⁶ Solicitud, párr. 73.

⁴⁵⁷ Solicitud, párr. 74.

⁴⁵⁸ Memorial de Anulación, párr. 343.

⁴⁵⁹ Memorial de Anulación, párr. 344.

‘recopiladas’ o ‘aportadas’ en el curso de un procedimiento penal” para poder presentarse ante el Tribunal⁴⁶⁰. Según Colombia, esto se debe a la inexistencia de tal regla en el derecho internacional y en el derecho colombiano⁴⁶¹. [Traducción del Comité]

273. Colombia asevera, asimismo, que el razonamiento del Tribunal simplemente “*no puede seguirse ‘del Punto A al Punto B’*”⁴⁶². Critica la RP6 no sólo por su falta de “*cadena lógica de razonamiento*”, sino por su “*falta absoluta de cualquier cadena de razonamiento*”⁴⁶³. Según Colombia, el Tribunal “*no indicó ningún motivo o apoyo de su conclusión*”⁴⁶⁴. [Traducción del Comité]

(2) *Glencore y Prodeco*

274. Glencore y Prodeco rechazan todas las impugnaciones basadas en las decisiones del Tribunal respecto de la admisión y exclusión de pruebas. Para ellas, las decisiones del tribunal sobre esas cuestiones están totalmente fuera del ámbito del proceso de anulación. Si bien aceptan que la corrupción es un problema de suma gravedad, aducen que el alegato de corrupción de Colombia carecía de fundamento y advierten que los principios a los que debe ajustarse un arbitraje no pueden descartarse por la mera razón de que el Estado demandado decida presentar una alegación de corrupción.

(a) Resolución Procesal No. 2

(i) Extralimitación Manifiesta de Facultades

275. Glencore y Prodeco refutan la afirmación de que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades al no aplicar el derecho en la RP2 y, a su vez, responden a cada una de las extralimitaciones que alega Colombia.
276. En cuanto a la cuestión de la elección del derecho del Tribunal, Glencore señala que, dentro de los límites del debido proceso, el Tribunal tiene “*absoluta discreción*” sobre las cuestiones probatorias y, por ende, “*no está obligado a seguir una norma u otra al tomar*

⁴⁶⁰ Memorial de Anulación, párr. 344; Réplica en Anulación, párr. 258.

⁴⁶¹ Solicitud, párr. 73.

⁴⁶² Réplica en Anulación, párr. 258.

⁴⁶³ Memorial de Anulación, párr. 344.

⁴⁶⁴ Solicitud, párr. 73; Memorial de Anulación, párr. 344.

sus decisiones sobre la prueba”⁴⁶⁵. Sin embargo, Glencore alega que la afirmación de Colombia de que el Tribunal no aplicó el derecho internacional a esta cuestión es “*demostrablemente falsa*”⁴⁶⁶. La decisión en la Resolución Procesal No. 2 “*dejó claro*” que el Tribunal eligió el derecho internacional para regular la controversia entre las Partes y consideró el derecho colombiano sólo para confirmar sus conclusiones⁴⁶⁷. [Traducción del Comité]

277. De modo similar, en relación con la afirmación de Colombia de que Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades en la RP2, Glencore y Prodeco sostienen que “*lo único que hace Colombia aquí es alegar que el Tribunal cometió errores de derecho conforme a la legislación colombiana*”. Aseveran que, aun si el Tribunal hubiera cometido errores con respecto a la ley colombiana (cosa que niegan), tales errores de derecho no constituyen una extralimitación de facultades y no son causal de anulación⁴⁶⁸. En cualquier caso, agregan Glencore y Prodeco, dado que la referencia del Tribunal al derecho colombiano sólo tuvo por objeto confirmar la aplicación del derecho internacional por parte del Tribunal, “*no influyó en el resultado del procedimiento*” y, por ende, no puede constituir una extralimitación de facultades⁴⁶⁹. [Traducción del Comité]
278. Con respecto a la afirmación de Colombia de que el Tribunal “*no aplicó nada parecido al derecho internacional*”, Glencore y Prodeco alegan que lo que argumenta Colombia es, en esencia, que el Tribunal incurrió en “*un error de derecho*”⁴⁷⁰. Según Glencore y Prodeco, sin embargo, la aplicación errónea del derecho no es una extralimitación manifiesta de facultades⁴⁷¹. De hecho, los redactores del Convenio del CIADI rechazaron una propuesta de incluir la “*aplicación incorrecta del derecho*” como causal de anulación⁴⁷². Según Glencore, la extralimitación de facultades por falta de aplicación del derecho aplicable sólo

⁴⁶⁵ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 89.

⁴⁶⁶ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 89.

⁴⁶⁷ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 89; Tr, pág. 135:6-18 (Sr. Blackaby).

⁴⁶⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 96.

⁴⁶⁹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 96.

⁴⁷⁰ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 91.

⁴⁷¹ Memorial de Contestación en Anulación, párrs. 83, 91.

⁴⁷² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 83, que hace referencia a Parra, *The History of ICSID*, Oxford University Press, 2012, pág. 87 (RAL-14).

procede si ha habido falta de aplicación del derecho *in toto*⁴⁷³. Glencore sostiene que, claramente, la RP2 no cumple con este criterio, la cual aplicó los “*principios de derecho internacional de equidad, buena fe e igualdad de armas*”⁴⁷⁴. [Traducción del Comité]

279. Además, Glencore y Prodeco manifiestan que, por una cuestión de lógica, el Tribunal no puede haberse extralimitado manifiestamente en sus facultades al tomar una decisión coherente con la propia norma del derecho internacional que Colombia aduce que debería haberse aplicado⁴⁷⁵. En este sentido, Glencore afirma que, si bien la SIC obtuvo los documentos de manera lícita para los propósitos de su investigación antimonopolio, estos se transfirieron a la ANDJE para ser utilizados en este arbitraje en violación del derecho internacional y colombiano. En otras palabras, los Documentos en Disputa de la SIC “*no se habían obtenido lícitamente para ser utilizados en este arbitraje*”⁴⁷⁶ [Traducción del Comité]. Por lo tanto, aun conforme a la norma de admisibilidad liberal formulada por Colombia, los Documentos en Disputa de la SIC debían excluirse por considerarse prueba obtenida de manera ilícita⁴⁷⁷.

(ii) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

280. Glencore y Prodeco niegan la afirmación de que el Tribunal quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento mediante su decisión en la RP2. Sostienen que Colombia no demostró que se haya cumplido ninguno de los criterios establecidos para la aplicación del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI⁴⁷⁸.
281. En primer lugar, Glencore y Prodeco afirman que Colombia no logró identificar ninguna norma procesal aplicable –y, mucho menos, fundamental– que se haya violado mediante la RP2⁴⁷⁹. Según ellas, la norma de admisibilidad liberal que cita Colombia o “*no existe*”, o al menos “*no existe en la forma absoluta en que insiste Colombia*”⁴⁸⁰. Glencore y Prodeco

⁴⁷³ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 85.

⁴⁷⁴ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 94.

⁴⁷⁵ Tr. pág. 132:4-7 (Sr. Friedman).

⁴⁷⁶ Tr. pág. 130:15-17 (Sr. Friedman).

⁴⁷⁷ Tr. pág. 130:17-18 (Sr. Friedman).

⁴⁷⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 55; Tr. pág. 119: 10-16.

⁴⁷⁹ Tr. pág. 120:12-15 (Sr. Friedman).

⁴⁸⁰ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 57; Tr. pág. 129:9-13 (Sr. Friedman).

alegan que las fuentes que cita Colombia para sustentar su norma de “*admisibilidad liberal*” se han malinterpretado. Comprendidas correctamente, estas fuentes representan la proposición incontrovertida de que los tribunales internacionales no están sujetos a las normas probatorias que dan forma a los procedimientos ante los juzgados nacionales, sino que son libres de adoptar procedimientos flexibles para tratar las pruebas⁴⁸¹. Sin embargo, el hecho de que los tribunales no estén obligados a seguir normas probatorias estrictas de sistemas jurídicos internos no justifica la afirmación de que “*tienen prohibido excluir pruebas en determinadas circunstancias*”⁴⁸². Además, Glencore y Prodeco critican las autoridades legales que cita Colombia por considerar que se basan, “*de forma casi exclusiva*”, en normas aplicables a casos interestatales en los que “*las partes tienen los mismos poderes para obtener pruebas*”. Tales casos, sostienen, se distinguen claramente de los litigios entre inversor y Estado en los que una parte –el Estado– cuenta con poderes coercitivos para obtener pruebas⁴⁸³. [Traducción del Comité]

282. Glencore y Prodeco también sostienen que la existencia de un límite en la discrecionalidad del Tribunal para determinar la admisibilidad sería contraria a los términos de la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Conforme a esta disposición, los tribunales del CIADI tienen “*absoluta discreción*” al considerar la admisibilidad de las pruebas⁴⁸⁴. Como tales, se entiende que están facultados para decidir que ciertas pruebas son inadmisibles⁴⁸⁵. Según Glencore y Prodeco, los tribunales “*necesitan*” tener la posibilidad de excluir documentos, “*a fin de proteger la integridad del procedimiento y resguardar los principios de debido proceso*”⁴⁸⁶. Si, por otra parte, los tribunales del CIADI se vieran obligados a admitir “*casi todas las pruebas que desearan introducirse por temor a negarle a cualquiera de las partes el derecho a ser oída*”, la Regla 34(1) no tendría

⁴⁸¹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 62; Tr. pág. 120:16-21 (Sr. Friedman).

⁴⁸² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 62; Tr. pág. 125:10-13 (Sr. Friedman).

⁴⁸³ Tr. págs. 121:19-122:6 (Sr. Friedman).

⁴⁸⁴ Tr. pág. 120: 2-6 (Sr. Friedman); Memorial de Contestación en Anulación, párr. 61, que cita *ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV, ConocoPhillips Gulf of Paria BV y ConocoPhillips Company c. República Bolivariana de Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/07/30), Laudo, 8 de marzo de 2019, párr. 264 (**RAL-24**); *El Paso Energy International Company c. La República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/15), Decisión del *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina, 22 de septiembre de 2014, párr. 191 (**RAL-15**).

⁴⁸⁵ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 60.

⁴⁸⁶ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 62 (énfasis en el original).

ninguna finalidad⁴⁸⁷. A partir de ello concluyen que la Regla 34(1) “*desplaza cualquier supuesta norma de derecho internacional de admisibilidad liberal*’ que exija a los Tribunales admitir todas las pruebas”⁴⁸⁸. [Traducción del Comité]

283. En segundo lugar, incluso si, *arguendo, existiera* una norma de admisibilidad general y aun si pudiera interpretarse como un derecho procesal fundamental, Glencore y Prodeco sostienen que Colombia aún necesitaría demostrar que la decisión del Tribunal constituyó un quebrantamiento grave de la norma para colocarla dentro del ámbito de aplicación del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI⁴⁸⁹. En este sentido, alegan que “*no hemos oído nada de Colombia*”⁴⁹⁰. Según Glencore y Prodeco, tal como se explica en el párrafo 279 *supra*, la decisión del Tribunal de excluir documentos que se obtuvieron de manera ilegal fue completamente coherente con la norma de admisibilidad liberal, tal como fuera formulada por Colombia⁴⁹¹. Si realmente hubiera una norma de admisibilidad general, no existiría “*en vacío*” y, como tal, debería conciliarse con otras normas fundamentales de procedimiento⁴⁹². En este caso, Glencore y Prodeco sostienen que el principio de admisibilidad liberal tendría que sopesarse con los principios de igualdad de armas y justicia fundamental, que “*apuntaban en direcciones opuestas*”⁴⁹³. El ejercicio racional de discrecionalidad del Tribunal en este sentido, alegan, no puede ser causal de anulación⁴⁹⁴. Además, en tanto el tribunal respete las normas de debido proceso en sus decisiones sobre admisibilidad, “*la sustancia de su decisión no puede estar sujeta a revisión en la fase de anulación*”⁴⁹⁵. Según Glencore y Prodeco, la RP2 “*respetó íntegramente los derechos de debido proceso de las partes*”⁴⁹⁶. Si bien, por un lado, el Tribunal excluyó los Documentos

⁴⁸⁷ Tr. págs. 120:23-121:1, 121:7-8 (Sr. Friedman).

⁴⁸⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 61 (énfasis en el original).

⁴⁸⁹ Tr. pág. 129:16-17 (Sr. Friedman).

⁴⁹⁰ Tr. pág. 129:25 (Sr. Friedman).

⁴⁹¹ Tr. pág. 130:11-18 (Sr. Friedman).

⁴⁹² Tr. pág. 128:12-19 (Sr. Friedman).

⁴⁹³ Tr. pág. 129:1-2 (Sr. Friedman).

⁴⁹⁴ Tr. pág. 127:2-3, 18-21 (Sr. Friedman).

⁴⁹⁵ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 62; Tr. pág. 127:15-18 (Sr. Friedman), que hace referencia a *Bernhard von Pezold c. República de Zimbabue* (Caso CIADI No. ARB/10/15), Decisión sobre Anulación, 21 de noviembre de 2018, párr. 253 (“*Bernhard von Pezold*”) (RAL-20).

⁴⁹⁶ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 69.

en Disputa de la SIC para preservar la igualdad entre las Partes, por el otro, protegió el derecho de Colombia a solicitar la admisión de los documentos mediante el procedimiento apropiado de exhibición de pruebas⁴⁹⁷. [Traducción del Comité]

284. En tercer lugar, Glencore y Prodeco sostienen que la presunta violación debe, “*al menos*”, haber tenido el “*potencial de afectar el resultado del arbitraje*”⁴⁹⁸. Sin embargo, según ellas, esa condición no puede cumplirse mediante la RP2, puesto que dejó abierta la introducción de las pruebas en cuestión a través de otros canales “*apropiados*”⁴⁹⁹. Es por eso que la decisión del Tribunal de excluir los Documentos en Disputa de la SIC en la RP2 “*no tuvo ni pudo haber tenido impacto alguno en la resolución de la controversia*”⁵⁰⁰. [Traducción del Comité]

285. Por último, en cuanto a la aplicación del principio de *desviación de poder* por parte del Tribunal, Glencore y Prodeco sostienen que ambas Partes habían planteado si el uso de los Documentos en Disputa de la SIC por parte de Colombia cumplió con la legislación colombiana y, como tal, “*Colombia tenía la capacidad de abordar el principio de desviación de poder en sus presentaciones y decidió no hacerlo*”⁵⁰¹. En cualquier caso, añaden Glencore y Prodeco, el Tribunal dejó en claro que estaba considerando el derecho colombiano, incluido el concepto de *desviación de poder*, solo para “confirmar” la decisión que ya había tomado conforme al derecho internacional⁵⁰². Por lo tanto, el análisis del Tribunal de *desviación de poder* no podría haber tenido el potencial de afectar el resultado y, en consecuencia, “*no puede, por definición*”, considerarse violatorio del Artículo 52(1)(d) del Convenio del CIADI⁵⁰³. [Traducción del Comité]

⁴⁹⁷ Memorial de Contestación en Anulación, párrs. 64, 69; Tr, págs. 130:24-131:9 (Sr. Friedman).

⁴⁹⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 55; Tr. pág. 136:8-11 (Sr. Friedman).

⁴⁹⁹ Tr. pág. 136:13-18 (Sr. Friedman).

⁵⁰⁰ Tr. pág. 136:19-21 (Sr. Friedman).

⁵⁰¹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 68.

⁵⁰² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 68, que hace referencia a la RP2, nota 67, *supra*, párr. 52 (AAE-1).

⁵⁰³ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 68.

(iii) *Falta de Expresión de Motivos*

286. Glencore y Prodeco alegan que el Tribunal indicó “*motivos claros, directos y coherentes*” para justificar su decisión en la RP2⁵⁰⁴. Sostienen que, bien entendida, la reclamación de Colombia no es que el Tribunal no indicó motivos o indicó motivos contradictorios, sino que el Tribunal adoptó los motivos *equivocados*, lo cual “*no es causal de anulación*”⁵⁰⁵. A modo de ejemplo, Glencore y Prodeco hacen referencia a la queja de Colombia de que el Tribunal basó erróneamente su razonamiento en el Artículo 42(1) del Convenio del CIADI. Alegan que el argumento de Colombia en este sentido “*no es una alegación de falta de expresión de motivos, sino de error de derecho por parte del Tribunal*”, lo cual no puede constituir violación del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI⁵⁰⁶. [Traducción del Comité]
287. Glencore y Prodeco niegan que el Tribunal estuviera obligado a abordar cada uno de los argumentos planteados por Colombia⁵⁰⁷. Distinguen entre los argumentos presentados por las Partes, por un lado, y la cuestión que se le solicita al Tribunal que resuelva⁵⁰⁸. Al respecto, Glencore invoca la decisión del comité *ad hoc* de CEAC, que establece el principio de que, si bien el tribunal debe atender cada una de las cuestiones presentadas ante él, “*no está obligado a tratar explícitamente todos los detalles de todos los argumentos planteados por las Partes o a referirse a todas las autoridades que invoquen*”⁵⁰⁹. En este caso, se le pidió al Tribunal determinar la admisibilidad de los Documentos en Disputa de la SIC. Esa fue la cuestión planteada, y fue abordada en la RP2, que era “*todo lo que [el Tribunal] debía hacer*”⁵¹⁰. [Traducción del Comité]

⁵⁰⁴ Memorial de Contestación en Anulación, párrs. 116-120.

⁵⁰⁵ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 115.

⁵⁰⁶ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 121.

⁵⁰⁷ Tr. pág. 132:8-9 (Sr. Friedman).

⁵⁰⁸ Tr. pág. 132:12-19 (Sr. Friedman).

⁵⁰⁹ Tr. pág. 132:12-16 (Sr. Friedman), que cita *CEAC*, nota 342, *supra*, párr. 98 (AAL-3).

⁵¹⁰ Tr. pág. 132:18-19 (Sr. Friedman).

(b) *Resolución Procesal No. 4*

(i) *Extralimitación Manifiesta de Facultades*

288. Con respecto a la aplicabilidad del derecho internacional en la determinación de privilegios, Glencore y Prodeco aseveran que, pese al argumento de Colombia de que rige el derecho nacional, durante el arbitraje, la propia Colombia planteó argumentos de derecho internacional sobre el tema⁵¹¹, y que el Tribunal también fundó su decisión en su análisis de que “*la ley colombiana también protege el secreto profesional de los abogados internos*”⁵¹². [Traducción del Comité]
289. En respuesta al argumento de Colombia de que el Tribunal se equivocó en su análisis de la determinación del privilegio abogado-cliente conforme al derecho internacional, Glencore y Prodeco señalan que el Tribunal “*estableció los criterios relevantes para determinar si un documento es privilegiado en virtud del derecho internacional*” [Traducción del Comité] haciendo referencia a los factores enunciados en *Vito Gallo* que, según ellas, citan otros tribunales con frecuencia⁵¹³. Además, aseveran que la queja de Colombia en cuanto al razonamiento del Tribunal en este sentido no es más que un desacuerdo con la decisión legal sustantiva del Tribunal sobre si ciertos documentos eran privilegiados o no, lo cual no es causal de anulación apropiada⁵¹⁴. Resaltan las decisiones de otros tribunales internacionales de que las comunicaciones de abogados internos gozan del privilegio abogado-cliente, y señalan que no puede haber extralimitación manifiesta de facultades cuando la cuestión de base está sujeta a más de una interpretación⁵¹⁵.

⁵¹¹ Tr. pág. 97:2-15 (Sr. Blackaby).

⁵¹² Tr. pág. 98:17-18 (Sr. Blackaby).

⁵¹³ Tr. p. 137:17-23 (Sr. Friedman), que se refiere a RP4, nota **Error! Bookmark not defined.**, *supra*, párr. 54 (AAE-9), que cita *Vito Gallo*, nota 148, *supra*, párr. 47 (RL-129); Tr. P. 188:18-21 (Sr. Blackaby); Alegato de Réplica de Glencore y Prodeco ante el Comité, 6 de noviembre de 2020 (RAE-4), que cita *Carlos Ríos y Francisco Javier Ríos c. República de Chile* (Caso CIADI No. ARB/17/16), Resolución Procesal No. 7, 4 de octubre de 2018, nota al pie 10; *Global Telecom Holding SAE c. Canadá* (Caso CIADI No. ARB/16/16), Resolución Procesal No. 5, Decisión sobre Cuestiones Pendientes de Privilegio Abogado-Cliente, 13 de diciembre de 2018, págs. 27-28; *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú* (CNUDMI) Resolución Procesal No. 3 (sobre Exhibición de Documentos) 12 de julio de 2018, párr. 24; *Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá* (CNUDMI), Resolución Procesal sobre Documentación Retenida y con Supresiones, 24 de febrero de 2017, párr. 5; *William Ralph Clayton et al c. Gobierno de Canadá* (Caso CPA No. 2009-04), Resolución Procesal No. 12, 2 de mayo de 2012, párr. 21.

⁵¹⁴ Tr. págs. 137:25-138:5 (Sr. Friedman).

⁵¹⁵ Tr. pág. 140:3-7 (Sr. Friedman), que cita *Daimler*, nota 324, *supra*, párr. 187 (RAL-16).

290. Glencore y Prodeco recuerdan su argumento de que el Tribunal goza de “*discrecionalidad absoluta*” respecto de cuestiones probatorias y que el Comité no está facultado para revisar esas decisiones probatorias⁵¹⁶. Alegan que si la aplicación de una u otra regla sobre privilegios por parte de un tribunal estuviera sujeta a revisión por un comité de anulación, también lo estarían todas las decisiones procesales y probatorias del tribunal, incluidas, por ejemplo, las decisiones receptadas en los Cronogramas Redfern⁵¹⁷. Por lo tanto, el alcance de la supervisión del Comité es limitado, de modo que, “*salvo que haya producido una denegación fundamental de debido proceso, ninguna de estas cuestiones son objeto de revisión en la fase de anulación*”⁵¹⁸. [Traducción del Comité]

(ii) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

291. Glencore y Prodeco niegan que se hayan ignorado los derechos de debido proceso de Colombia al analizar si cada uno de los Documentos en Disputa cumplían con los requisitos para gozar del privilegio abogado-cliente establecidos en la RP4. Aseveran que la presentación de una declaración jurada, tal como lo exigió el Tribunal, es normal y suficiente conforme a las reglas de procedimiento aplicables⁵¹⁹. Sostienen que “*se puede estar de acuerdo o no con esa práctica... pero no es un error susceptible de anulación*”⁵²⁰. [Traducción del Comité]

292. Glencore y Prodeco afirman, asimismo, que el hecho de que el Tribunal se negara a ordenar la exhibición de los Documentos en Disputa de la SIC no fue una violación del derecho de Colombia a ser oída. Alegan que Colombia no tenía derecho a ser oída con respecto al contenido de documentos privilegiados y que Colombia pudo acceder a todas las pruebas a las que tenía derecho –es decir, los “*documentos no privilegiados*”–, de conformidad con la fase de exhibición de documentos suplementaria que ordenó el Tribunal⁵²¹.

293. Además, según Glencore y Prodeco, el hecho de que distintos regímenes jurídicos nacionales adopten distintos enfoques en relación con el privilegio de abogados internos

⁵¹⁶ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 97.

⁵¹⁷ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 97.

⁵¹⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 97.

⁵¹⁹ Dúplica en Anulación, párr. 57; Tr. pág. 104:13-18 (Sr. Blackaby).

⁵²⁰ Tr. pág. 138:22-24 (Sr. Friedman).

⁵²¹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 71.

demuestra que no cualquier norma sobre la materia puede ser “*fundamental*”⁵²². La resolución de controversias sobre exhibición de documentos y las decisiones sobre privilegios por parte del tribunal, según las Demandadas en Anulación, están lejos de los tipos de estándares mínimos y reglas fundamentales de procedimientos que el Artículo 52(1)(d) tiene por objeto proteger⁵²³. De lo contrario, todas las decisiones sobre listas de documentos privilegiados podrían estar sujetas a revisión por parte de un comité de anulación⁵²⁴. Esa no es ni puede ser la función correcta de revisión en el sistema del CIADI⁵²⁵.

(iii) *Falta de Expresión de Motivos*

294. En cuanto a la afirmación de Colombia de que el Tribunal no indicó motivos, Glencore y Prodeco aseveran que Colombia no explicó por qué es necesario brindar motivos detallados para “*resoluciones procesales de rutina sobre qué reglas sobre privilegios pueden aplicarse*”⁵²⁶. [Traducción del Comité]
295. Además, sostienen que “*ningún observador independiente*” [Traducción del Comité] podría analizar la RP4 y concluir que el Tribunal no indicó motivos⁵²⁷. En respuesta al argumento de que el Tribunal malinterpretó la autoridad legal que citó Colombia para concluir que las comunicaciones de abogados internos son privilegiadas, Glencore y Prodeco sostienen que el desacuerdo de Colombia es con la *decisión* del Tribunal, más que con la falta de expresión de motivos⁵²⁸.
296. Por último, Glencore y Prodeco niegan que hubiera contradicción alguna entre la decisión del Tribunal en la RP2 y en la RP4. Sostienen que la decisión de permitir un nuevo proceso de exhibición de documentos no “*imponía una renuncia al privilegio*” [Traducción del Comité] respecto de la documentación solicitada a través de ese proceso⁵²⁹.

⁵²² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 72.

⁵²³ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 72.

⁵²⁴ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 72.

⁵²⁵ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 72.

⁵²⁶ Tr. pág. 140:17-19 (Sr. Friedman).

⁵²⁷ Tr. pág. 140:12-16 (Sr. Friedman).

⁵²⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 126.

⁵²⁹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 129.

(c) *Resolución Procesal No. 6*

(i) *Extralimitación Manifiesta de Facultades*

297. Glencore y Prodeco niegan que el Tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades mediante su decisión en la RP6. En esa decisión, alegan, el Tribunal aludió a los principios que había enunciado en la RP2, en la cual se había pronunciado sobre el derecho aplicable y había abordado varias cuestiones relacionadas⁵³⁰. En ambas resoluciones procesales, el Tribunal abordó los intentos inadecuados de Colombia de agregar al expediente los Documentos en Disputa de la SIC⁵³¹. La alegación de que el Tribunal no aplicó el derecho, extralimitándose en sus facultades, es tan carente de fundamento con respecto a la RP6, como lo es con respecto a la RP2⁵³².
298. En respuesta a la afirmación de que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable en materia de privilegios, Glencore y Prodeco reiteran su postura de que el Tribunal goza de absoluta discreción –dentro de los límites del debido proceso– respecto de cuestiones probatorias⁵³³. Al final, sostienen, la aplicación de una u otra regla sobre privilegios por parte del Tribunal no está sujeta a revisión en la fase de anulación⁵³⁴.
299. En cuanto a la afirmación de que el Tribunal aplicó incorrectamente el derecho colombiano, Glencore y Prodeco responden que un error de derecho, aunque se demuestre su existencia, no es causal de anulación⁵³⁵.

(ii) *Quebrantamiento Grave de una Norma Fundamental de Procedimiento*

300. Según Glencore y Prodeco, el Tribunal tampoco quebrantó gravemente una norma fundamental de procedimiento en la RP6 al excluir los Documentos de la FGN. Mediante esa decisión, razonan Glencore y Prodeco, el Tribunal simplemente aplicó las normas que ya había expuesto en la RP2⁵³⁶. Sostienen que, al plantear su argumento, Colombia “*ni*

⁵³⁰ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 100.

⁵³¹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 100.

⁵³² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 100.

⁵³³ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 97.

⁵³⁴ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 97.

⁵³⁵ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 98.

⁵³⁶ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 75.

siquiera intenta identificar una norma de procedimiento que el Tribunal haya quebrantado, y mucho menos demuestra que la norma sea fundamental y que el quebrantamiento sea grave” [Traducción del Comité], y que Colombia, en tanto parte solicitante de la anulación, tiene la carga de demostrar que el Laudo debe anularse conforme al Artículo 52(1)(d)⁵³⁷, algo que no ha hecho⁵³⁸.

301. Por último, Glencore y Prodeco aseveran que el Tribunal no necesitaba citar autoridades legales para emitir decisiones procesales de rutina sobre admisibilidad de pruebas pero que, en cualquier caso, el Tribunal “*aplicó principios jurídicos*” al hacer referencia a los principios enunciados en su RP2⁵³⁹. La “verdadera” queja de Colombia es que “*el Tribunal se equivocó al aplicar ese derecho*”, lo cual no es causal apropiada de anulación⁵⁴⁰. [Traducción del Comité]

(iii) *Falta de Expresión de Motivos*

302. Glencore y Prodeco alegan que la RP6 indicaba “*motivos claros*” para la decisión de excluir los Documentos de la FGN, que “*es todo lo que exige el Artículo 52(1)(e)*” [Traducción del Comité]⁵⁴¹. En respuesta al argumento de Colombia de que el Tribunal no había citado ninguna autoridad legal para justificar su decisión en la RP6, Glencore y Prodeco refutan la propia noción de que los tribunales deban citar autoridades legales al dictar decisiones probatorias, invocando la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje en sustento de su postura⁵⁴².

⁵³⁷ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 75, que cita *Bernhard von Pezold*, nota 495, *supra*, párr. 238 (RAL-20).

⁵³⁸ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 75.

⁵³⁹ Tr. pág. 141:9-13 (Sr. Friedman).

⁵⁴⁰ Tr. pág. 141:19-22 (Sr. Friedman).

⁵⁴¹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 130.

⁵⁴² Memorial de Contestación en Anulación, párr. 130.

B. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

(1) *Observaciones Generales*

303. La queja que plantea Colombia sobre la exclusión de los documentos de ilegalidad versa sobre tres actos independientes, aunque íntimamente relacionados, que dictó el Tribunal, a saber:

La *RP2*, adoptada el 4 de noviembre de 2017, en la que el Tribunal estableció que Colombia no podría incorporar al expediente los documentos confiscados por la SIC. Si bien el Tribunal estableció que Colombia no tenía derecho a presentar estos documentos con su Memorial de Contestación, previó una nueva ronda de producción de documentos que permitió a Colombia solicitar la producción de los documentos excluidos;

La *RP4*, adoptada el 24 de abril de 2018, por la que el Tribunal, considerando que el privilegio abogado-cliente se extendía a las comunicaciones intercambiadas con los abogados internos y externos, y no habiendo encontrado prueba alguna de que Glencore o Prodeco hubieran renunciado a ningún privilegio abogado-cliente o de negociación, rechazó la solicitud de Colombia de introducir los documentos en disputa mediante la producción de documentos, siempre que el abogado de Glencore y Prodeco presentara una declaración jurada en la que confirmara que cada uno de los documentos respecto de los que se reclamaba el privilegio cumplía con todos los requisitos identificados por el Tribunal. La declaración jurada ulterior establecía que, salvo dos, todos los documentos respecto de los cuales se había invocado el privilegio, cumplían con los requisitos establecidos por el Tribunal; y

La *RP6*, adoptada el 31 de julio de 2018, por la cual el Tribunal confirmó y expresó los motivos de su decisión (originalmente emitida en una carta de 18 de mayo de 2018) de rechazar la solicitud de Colombia de introducir los documentos en disputa restantes como prueba de conducta criminal.

304. La anulación, por supuesto, solo está disponible respecto del Laudo mismo; no hay alcance en virtud del Artículo 52 del Convenio del CIADI para solicitar la anulación de una Resolución o una Decisión Procesal. No obstante, como ya ha explicado el Comité (véase párr. 219, *supra*), las decisiones procesales, en efecto, se incorporan al Laudo. Si, de

hecho, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades o cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento en una de sus decisiones procesales, o si no expresó adecuadamente los motivos de sus decisiones, se configuraría entonces una causal de anulación.

305. En el presente caso, en el Laudo, el Tribunal recitó con considerable extensión las decisiones procesales que había tomado (véase párr. 219, *supra*). Ante el Comité, Colombia se mostró crítica del comportamiento del Tribunal en ese sentido. Colombia argumenta que el espacio que el Tribunal le dedicó en el Laudo a lo que éste describiera como “*determinados incidentes procesales*” “*sólo puede explicarse como un intento ex post facto de subsanar lo que el Tribunal había hecho, redactado no para las Partes sino para ustedes, Miembros del Comité*”⁵⁴³ [Traducción del Comité]. El Comité no comparte esta crítica. Resultaba tanto lógico como útil que el Tribunal incorporara en el Laudo un relato de sus decisiones respecto de la admisión o exclusión de documentos, especialmente en vista del hecho de que Colombia, por medio de correspondencia, había dejado clara su posición de que aquellas decisiones equivalían a errores susceptibles de tornar un laudo anulable con arreglo al Artículo 52 del Convenio del CIADI⁵⁴⁴. No hay nada en las porciones pertinentes del Laudo que sugiera que el Tribunal haya “manipulado” los motivos dados en las Resoluciones Procesales para fundamentar sus decisiones sobre los Documentos en Disputa. Por el contrario, el Laudo recita o resume dichas decisiones; cualquier diferencia entre esas partes del Laudo y las Resoluciones Procesales se debe al hecho de que el Tribunal, en su Laudo, pudo añadir referencias a los eventos que siguieron al dictado de dichas Resoluciones.
306. Colombia sostiene que, al negársele la oportunidad de apoyarse en los Documentos en Disputa en el procedimiento de arbitraje, el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental, se extralimitó manifiestamente en sus facultades y no indicó los motivos de su decisión. Estas constituyen causales independientes de anulación, y Colombia mantiene que, incluso si el Comité determinara

⁵⁴³ Tr. pág. 25:12-18 (Profesor Silva Romero).

⁵⁴⁴ Véase, por ejemplo, Carta de Colombia de 14 de noviembre de 2017, nota 124, *supra* (C-283/R-275) en la que expresa su opinión sobre la RP2, nota 67, *supra*, (AAE-I).

que no hubo quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental, aún así debería anular el Laudo si se establece otra causal de anulación⁵⁴⁵. Sin embargo, las tres causales están íntimamente relacionadas y la alegación de que se produjo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental constituye el *quid* del presente caso.

307. Asimismo, si bien resulta necesario comenzar efectuando un análisis de cada Resolución por separado, es importante no perder de vista dos consideraciones generales. En primer lugar, lo que se está invocando como error susceptible de anulación del Laudo es el efecto combinado de las tres Resoluciones al excluir los documentos en los que Colombia quería apoyarse. En segundo lugar, el contexto está dictado por una alegación, esgrimida por Colombia, de corrupción e ilegalidad por parte de Glencore, Prodeco y sus oficiales. Se trata de una alegación de suma gravedad que, de haberla aceptado el Tribunal, hubiera llevado a la conclusión de que el Tribunal carecía de jurisdicción.
308. El Comité toma nota de los comentarios del Tribunal de que la corrupción resulta “*moralmente abominable*” y de su énfasis de la importancia de llevar a cabo una investigación rigurosa de las alegaciones de corrupción (véase párr. 171, *supra*). El Comité está de acuerdo. Un tribunal que se enfrenta a alegaciones de corrupción tiene el deber de investigarlas con rigor.

(2) Resolución Procesal No. 2: La Decisión Inicial de Excluir los Documentos Obtenidos por la SIC

309. Como ya se ha sintetizado anteriormente (véanse párrs. 239-249, *supra*), Colombia mantiene que la RP2 contiene diversas irregularidades graves que llevaron a viciar el Laudo. Estas supuestas diversas irregularidades se superponen considerablemente; en esencia, Colombia señala tres cuestiones:

- (a) El Tribunal no hizo una correcta identificación del derecho aplicable, puesto que debió haber aplicado el derecho internacional en lugar del derecho colombiano⁵⁴⁶;

⁵⁴⁵ Tr. págs. 162:23-163: 5 (Profesor Silva Romero).

⁵⁴⁶ Réplica en Anulación, párr. 205.

- (b) Sus conclusiones sobre el derecho colombiano se basaron en una malinterpretación de un principio que ninguna parte había aducido⁵⁴⁷;
- (c) El Tribunal no aplicó el derecho aplicable, puesto que desestimó las normas del derecho internacional, en especial, la de “*admisibilidad liberal de la prueba*” y la reemplazó con su propio concepto de justicia *ex aequo et bono*. Con este proceder, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades y cometió un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental, puesto que le denegó a Colombia la oportunidad de plantear su caso⁵⁴⁸.
310. El Comité no acepta que el Tribunal haya errado al identificar el derecho aplicable. Concuera con Colombia en que la cuestión de admisibilidad de la prueba está regida por el derecho internacional, pero también concordó con ello el Tribunal, el cual estableció que el derecho internacional era el derecho aplicable⁵⁴⁹ y pronunció que los documentos en disputa eran inadmisibles como cuestión de derecho internacional⁵⁵⁰. El papel puramente secundario que tuvo el derecho colombiano se ejemplifica con el hecho de que el Tribunal le haya dedicado veinticuatro párrafos de la RP2 a considerar el derecho internacional, y apenas cuatro al derecho colombiano, y que su conclusión simplemente fuera que éste último “*pareciera confirmar la conclusión del Tribunal en virtud del derecho internacional*”⁵⁵¹ [Traducción del Comité]. El hecho de que el Tribunal confirmara sus conclusiones haciendo referencia al derecho colombiano no altera de modo alguno el hecho de que tratara al derecho internacional como base de su decisión para excluir los documentos en disputa.
311. Ello torna innecesaria la consideración de si el Tribunal erró en sus conclusiones sobre el derecho colombiano. El Tribunal no halla fundamento para concluir que el Tribunal haya cometido tal error. No obstante, incluso si lo hiciera, dicho error se limitaría a un derecho que el Tribunal tuvo en cuenta solamente para confirmar una conclusión a la que ya había arribado haciendo referencia al derecho internacional. En esas circunstancias, dicho error

⁵⁴⁷ Tr. págs. 58:6-8, 59:19-25 (Profesor Silva Romero).

⁵⁴⁸ Tr. pág. 17:1-5 (Profesor Silva Romero).

⁵⁴⁹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 52 (AAE-1).

⁵⁵⁰ RP2, nota 67, *supra*, párrs. 57-70 (AAE-1).

⁵⁵¹ RP2, nota 67, *supra*, párr. 74 (AAE-1).

no estaría ni cerca de constituir una extralimitación manifiesta de facultades ni un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento fundamental. Tampoco afectaría el razonamiento del Tribunal de modo tal que se equipare a una falta de expresión de motivos.

312. Con respecto al argumento de Colombia de que el Tribunal aplicó el derecho internacional de manera flagrantemente errónea, el Comité recuerda que el umbral es alto y que un error en sí mismo no basta para superarlo⁵⁵². La crítica que hace Colombia al Tribunal por hacer referencia al Artículo 42(1) del Convenio del CIADI —aduciendo que esta disposición versa sobre el derecho sustantivo aplicable a la resolución de la diferencia subyacente y no sobre el derecho que debe aplicarse a cuestiones de procedimiento— no es siquiera el comienzo del cruce de dicho umbral. Si bien Colombia puede tener razón sobre el alcance del Artículo 42(1), la cuestión queda abierta a argumento de cualquier manera. A mayor abundamiento, incluso si el Tribunal hubiera errado en su interpretación y aplicación de la disposición, ello no afectó el resultado, dado que la elección del derecho aplicable que hizo el Tribunal no difirió de aquella que sugirieron ambas Partes.
313. Retornando al argumento de Colombia de que el Tribunal reemplazó con su propio juicio subjetivo las normas del derecho internacional, el Tribunal observa que dicho argumento presenta dos aspectos. En primer lugar, Colombia mantiene que el Tribunal ignoró lo que describe como la norma de admisibilidad liberal de la prueba. En segundo, Colombia asevera que, a pesar de sus referencias a la igualdad de armas, el Tribunal no aplicó una norma de derecho, sino solo un concepto de justicia subjetivo, así resolviendo la cuestión de admisibilidad sobre una base *ex aequo et bono*, algo sobre lo que no tenía competencia.
314. Colombia sostiene que las normas técnicas sobre admisibilidad de la prueba receptadas en los distintos sistemas de derecho nacional no tienen cabida en el derecho internacional. Se funda, *inter alia*, en el laudo de la Comisión General de Reclamaciones Estados Unidos-México en el caso *Parker c. Estados Unidos Mexicanos*, el cual incluye la siguiente afirmación:

Para futura orientación de los respectivos Agentes, la Comisión anuncia que, sin importar lo adecuadas que resulten las normas técnicas sobre

⁵⁵² Véase párr. 232, *supra*.

obtención de la prueba en la jurisdicción de los Estados Unidos o México conforme se aplican a la celebración de juicios en sus tribunales internos, no tienen lugar en la reglamentación de la admisibilidad y ponderación de la prueba ante este tribunal internacional. Son varios los motivos por los que dichas normas técnicas no tienen aplicación aquí, entre ellos, que esta Comisión no tiene facultades para citar testigos o emitir notificaciones para la toma de declaraciones con las que suelen estar revestidos los tribunales internos. La Comisión resuelve en forma expresa que las normas restrictivas internas de derecho adjetivo o sobre la prueba no pueden incorporarse aquí y surtir efectos disfrazándose las de frases tales como “principios universales del derecho”, “teoría general del derecho” o similares. Por el contrario, se obtendrá una mayor liberalidad en la admisión de pruebas ante esta Comisión con miras a descubrir toda la verdad respecto a cada reclamación presentada⁵⁵³. [Traducción del Comité]

315. Es ciertamente el caso que los tribunales internacionales se han considerado no sujetos a las normas restrictivas sobre admisibilidad de la prueba que comúnmente se hallan en los sistemas jurídicos internos y no se han considerado con el deber de excluir pruebas que no serían admisibles en los sistemas jurídicos de los Estados que se presentan ante ellos. No obstante, el hecho de que los tribunales internacionales hayan rechazado la aplicación de normas restrictivas tomadas del derecho nacional no significa que exista una norma de derecho internacional que le exija a un tribunal internacional admitir todas las pruebas que una parte pretenda presentar. El pasaje de *Parker* que se cita *supra* es un rechazo de las normas técnicas del derecho nacional (especialmente en países del *common law*) y un reconocimiento de que un tribunal internacional *puede* admitir un rango de pruebas mucho mayor, no una adhesión a una regla general de que un tribunal internacional *deba* admitir todo aquello que una parte le haya sometido.
316. Incluso Colombia acepta la existencia de límites en la supuesta norma de admisibilidad liberal, puesto que aduce que esta norma no exige la admisión de pruebas obtenidas ilegalmente o cubiertas por un privilegio abogado-cliente (concepto que, según Colombia, se aplica solo a la correspondencia intercambiada con los abogados externos y no con los internos).

⁵⁵³ *William A. Parker (EE.UU.) c. Estados Unidos Mexicanos*, Comisión General de Reclamaciones, Decisión de 31 de marzo de 1926, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. IV, pág. 39 (AAL-66).

317. El Comité considera que, aun con estas clasificaciones, el argumento de Colombia llega demasiado lejos. En primer lugar, hace a un lado la amplia discreción que el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI le confieren a un tribunal. Así, el Artículo 44 del Convenio dispone lo siguiente:

Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

El apartado 1 de la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone:

El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

318. Por ende, se le confiere amplia discreción a un tribunal del CIADI sobre la admisibilidad de la prueba que una parte pretenda presentar ante él. El Comité concuerda con Colombia en que esa discreción no es ilimitada y debe ejercerse de manera razonable, pero no acepta que se circunscriba a excluir pruebas obtenidas ilegalmente o pruebas protegidas por el privilegio abogado-cliente.
319. En el nivel más básico, la facultad del Tribunal de controlar el procedimiento y el calendario del procedimiento se extiende a la facultad de excluir pruebas extemporáneas, pruebas que no se hayan acompañado de la traducción requerida y pruebas que, en otros aspectos, no cumplan con las directivas procesales impartidas por el tribunal.
320. Lo que reviste aún más importancia es que un tribunal del CIADI debe garantizar el cumplimiento de las normas de procedimiento fundamentales. Ese deber incluye garantizar la igualdad de armas. En efecto, está fuertemente establecido que las normas de procedimiento fundamentales, cuyo quebrantamiento grave constituye causal de anulación, incluyen “*el principio de trato equitativo hacia las partes*”⁵⁵⁴. Se desprende de ello que,

⁵⁵⁴ *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/09/1), Decisión sobre la Solicitud de Anulación de Argentina de 29 de mayo de 2019, párr. 164 (RAL-26).

al ejercer su discreción en virtud de la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje, un tribunal debe considerar si la admisión o exclusión de pruebas afectaría la igualdad entre las partes.

321. Sobre este particular, un factor sumamente significativo en el arbitraje inversor-Estado es que una parte, el Estado, tiene facultades de coerción que no posee la contraparte, el inversor. Ese es uno de los factores que distingue al arbitraje inversor-Estado del arbitraje puramente comercial y del arbitraje entre Estados.
322. Esta fue una cuestión central a la que se enfrentó el Tribunal en este caso. Colombia pretendía acompañar a su Memorial de Contestación documentos que habían llegado a su poder como resultado de su ejercicio de su poder de Estado para obligar a Prodeco a entregar a la SIC documentación tomada de sus servidores por parte de funcionarios de ésta última. Glencore y Prodeco, por otro lado, no tenían dicha facultad de obligar a ninguna agencia colombiana a entregarles documentación que se encontrara en poder del Estado.
323. El Tribunal reconoció la desigualdad que acarreaba esta situación y sostuvo que tenía derecho de excluir los documentos en disputa para prevenir dicha desigualdad⁵⁵⁵. No obstante, es importante recordar que el Tribunal no excluyó por completo la posibilidad de admitir la incorporación de documentos al expediente. Por el contrario, estableció una ronda de producción de documentos adicional en la que Colombia podría solicitar la producción de los Documentos en Disputa, y podría argumentarse y resolverse la cuestión de si alguno de ellos estaba cubierto por el privilegio abogado-cliente o de negociación (con lo cual Colombia concuerda que podría motivar su exclusión). Además, previó la posibilidad de que se los incorporara al procedimiento de arbitraje si llegaban a formar parte del expediente de un proceso penal ante los tribunales colombianos⁵⁵⁶.
324. El Comité no ve error y, mucho menos, un error susceptible de anulación, en la forma en la que el Tribunal trató las cuestiones en la RP2. En contra de lo que sugiere Colombia, no existe una norma rígida de derecho internacional que exija que un tribunal admita cualquier documento no cubierto por privilegio u obtenido por medios ilícitos. Por el contrario, un tribunal del CIADI tiene discrecionalidad respecto de la admisión de pruebas y un deber, en el ejercicio de esa discrecionalidad, de tomar en cuenta la necesidad de mantener la

⁵⁵⁵ RP2, nota 67, *supra*, párrs. 68-69 (AAE-1), citado en párr. 83, *supra*.

⁵⁵⁶ Véase párrs. 88-94, *supra*.

igualdad entre las partes, una de las más fundamentales normas del debido proceso. Como explicara el comité en el caso *CEAC c. Montenegro*, “es, por supuesto, una norma de máxima importancia conferir a cada parte la oportunidad equitativa de presentar pruebas ante un tribunal”⁵⁵⁷ [Traducción del Comité]. Colombia citó este pasaje para fundamentar su argumento de que el Tribunal había errado al excluir las pruebas que Colombia había obtenido mediante el empleo de las facultades coercitivas de la SIC⁵⁵⁸. Sin embargo, a ojos del Comité, el pasaje de *CEAC* sirve para fundamentar la decisión del Tribunal de que, cuando solamente una parte pueda obtener información con medios coercitivos, admitir las pruebas así obtenidas por el mero hecho de que obraban en poder de esa parte iría en contra del principio de igualdad de armas.

325. El Comité considera el Tribunal se encontraba perfectamente dentro de los límites de su discrecionalidad al determinar de que los documentos obtenidos por Colombia mediante el uso de facultades de coerción (aunque ejercidas lícitamente), con otra finalidad y que no formaban parte del expediente de un proceso penal en dicho país, no deben ser admitidos fuera del proceso normal de producción de documentos.
326. Las referencias que hace el Tribunal en la RP2 a la justicia no son un indicio del abandono de las normas a favor de un enfoque *ex aequo et bono*. El Comité acepta que un tribunal del CIADI no tiene derecho a decidir un caso (o cuestiones procesales accesorias a una decisión sobre el resultado del caso) *ex aequo et bono*, salvo que así lo hayan acordado las partes⁵⁵⁹. Lo que hizo el Tribunal, empero, no fue hacer a un lado las normas de procedimiento, sino aplicarlas. La justicia es vital para la norma de igualdad de armas, por lo que no es digno de sorpresa que el Tribunal se refiriera a ella, y su apreciación de lo que es justo para cada Parte constituye un elemento esencial del ejercicio de la discrecionalidad que le confiere la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje.

⁵⁵⁷ *CEAC*, nota 342, *supra*, párr. 110 (AAL-3).

⁵⁵⁸ Memorial de Anulación, párr. 147.

⁵⁵⁹ En palabras del Documento actualizado de antecedentes sobre el mecanismo de anulación para el Consejo Administrativo del CIADI, 5 de mayo de 2016 (AAL-24), párr. 93:

Los Comités ad hoc acuerdan que la falta de aplicación por parte de un Tribunal de aplicar el derecho aplicable o de actuar ex aequo et bono sin acuerdo de las partes como requiere el Convenio del CIADI podría constituir una extralimitación manifiesta de facultades.

Véase también *MTD*, nota 308, *supra*, párr. 44 (AAL-28).

327. Debe hacerse una breve mención de otras tres cuestiones. En primer lugar, Colombia dirige la atención al hecho de que el Tribunal, en los párrafos 16 a 18 y en el párrafo 19 de la RP2, se haya referido al hecho de que la confiscación de los documentos en disputa tuvo lugar entre el curso a Colombia de la primera y la segunda notificación de disputa. El Comité considera que esta referencia no es más que parte del relato que hace el Tribunal de los antecedentes de hecho; no hay indicio que haya afectado a la decisión del Tribunal, y éste deja claro que los documentos no fueron confiscados con el fin de ser utilizados en un posible proceso arbitral en el futuro⁵⁶⁰.
328. En segundo lugar, Colombia esgrime que sería ridículo que una agencia estatal no pudiera solicitar asistencia a otra. No cabe duda de que ello es cierto, pero la decisión del Tribunal no sugiere lo contrario. Lo que el Tribunal trató en la RP2 no fue la propiedad de que la ANDJE solicitara la asistencia de la SIC, sino la cuestión más restrictiva de si la documentación obtenida con medios coercitivos por parte de la SIC para un determinado fin podía utilizarse con la finalidad distinta de apoyar el caso de Colombia en el procedimiento de arbitraje completamente independiente. No se insinúa que la ANDJE no no pudiera haber solicitado u obtenido asistencia de la SIC o de alguna otra agencia estatal.
329. Por último, Colombia sugiere que el Tribunal cometió el error de revertir la carga de la prueba. El Comité no está de acuerdo. Bajo principios normales, le correspondía a Colombia probar que Glencore y Prodeco actuaron de forma ilícita. La RP2 no modifica esa posición⁵⁶¹. Naturalmente, le correspondía a Glencore y Prodeco establecer que cualquier documento era privilegiado, pero la RP2 tampoco revierte la carga de la prueba en ese sentido; el Tribunal difirió la cuestión al proceso de producción adicional.
330. Así, el Comité concluye que la RP2 no implicó ningún quebrantamiento —mucho menos, uno grave— de una norma de procedimiento fundamental ni una extralimitación de facultades de parte del Tribunal.
331. Tampoco le convence al Comité el argumento de Colombia de que el Laudo deba ser anulado por falta de expresión de motivos. Los motivos que expone el Tribunal para fundamentar sus decisiones en la RP2 se establecen en forma clara y son fáciles de seguir.

⁵⁶⁰ RP2, nota 67, *supra*, párr. 62 (AAE-1).

⁵⁶¹ El Tribunal reitera ese punto en los párrs. 668-670 del Laudo.

No se aprecia en ellos ni incoherencia ni contradicción. Abordan en detalle la cuestión que debía responder el Tribunal y no son “frívolos” ni irrelevantes en ningún sentido. Colombia puede no considerarlos convincentes, pero eso no es una causal de anulación en virtud del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI.

(3) Resolución Procesal No. 4 y sus Consecuencias: La Decisión del Tribunal sobre Privilegios y su Aplicación

332. Colombia critica las decisiones del Tribunal con respecto a la invocación de privilegios que hicieron Glencore y Prodeco por dos motivos. El primero, que el Tribunal erró al sostener que el privilegio era de aplicación a las comunicaciones intercambiadas entre las empresas y sus abogados internos y asevera que dicho privilegio se extiende únicamente a las comunicaciones con abogados externos independientes. En segundo lugar, Colombia aduce que el Tribunal erró al permitir que los abogados de las empresas certificarán si los documentos individuales cumplían con los criterios para gozar del privilegio abogado-cliente y deberían haber designado a un inspector de privilegios (al que Colombia se refiere como “*conflict counsel*”) para llevar a cabo esa tarea.

(a) La Decisión de que las Comunicaciones con Abogados Internos deben ser Tratadas de la Misma Forma que Aquellas con Abogados Externos

333. En lo que atañe al primer argumento, Colombia aduce que el Tribunal no aplicó el derecho aplicable. Si bien Colombia acepta que el procedimiento ante el Tribunal está regido por el derecho internacional público, asevera que, respecto de la cuestión del privilegio, el derecho internacional exige un *renvoi* al derecho del país en el que se sitúa la comunicación legal. Desde la óptica de Colombia, se exige dicho *renvoi* porque la cuestión central al decidir si un documento goza de privilegio es si aquellos que lo crearon o solicitaron tenían una expectativa de confidencialidad razonable. Esa expectativa solo podría provenir del derecho del Estado en el que se creó el documento y ser moldeada a partir de éste. En el presente caso, los abogados de Prodeco eran nacionales colombianos que trabajaban en Colombia, y todas las comunicaciones en cuestión tuvieron lugar en Colombia. El Tribunal, según se dice, por tanto, cometió un error susceptible de anulación al decidir aplicar el derecho internacional público en lugar del derecho colombiano.

334. El Comité advierte la fuerza del argumento de Colombia de que las expectativas que subyacen al concepto de privilegio abogado-cliente están moldeadas por el derecho local correspondiente. Sin embargo, al final no está convencido de que el Tribunal haya cometido un error susceptible de anulación con respecto al derecho aplicable.
335. En primer lugar, aunque Colombia caracteriza lo sucedido como una falta de aplicación del derecho aplicable, el Comité no acepta que este haya sido el caso. El Tribunal identificó correctamente el derecho internacional como el derecho rector del procedimiento que tramita ante un tribunal del CIADI. Esa fue también la posición que adoptaron ambas Partes⁵⁶². Colombia se queja de que el Tribunal no haya aceptado que el derecho internacional contenga un *renvoi* al derecho nacional en cuestiones atinentes al privilegio abogado-cliente. Si el derecho internacional, en efecto, exige o no dicho *renvoi* es una cuestión que atañe al contenido del derecho internacional. Incluso si el Tribunal hubiese errado (cosa que no acepta el Comité) al determinar que el derecho internacional no exige un *renvoi* al derecho nacional, habría sido culpable de una malinterpretación o aplicación equivocada del derecho aplicable, no de no haber aplicado el derecho en absoluto.
336. En segundo lugar, si volvemos a suponer, *arguendo*, que el Tribunal cometió un error al decidir sobre el supuesto *renvoi*, el Comité no considera que este error habría sido tan grosero como para equipararse a una falta de aplicación del derecho aplicable, y únicamente un error de esa magnitud podría servir de fundamento para una anulación (véase párr. 232, *supra*). Colombia no facilitó ninguna autoridad en sustento de su afirmación de que el derecho internacional exige un *renvoi* al derecho nacional cuando se invoca el privilegio abogado-cliente. En efecto, las únicas autoridades directamente relevantes (las decisiones de *Vito Gallo*⁵⁶³ y *Reineccius*⁵⁶⁴), sustentan la proposición contraria.
337. En tercer lugar, el Comité no acepta que el Tribunal haya errado al decidir la cuestión haciendo referencia al derecho internacional. El argumento de Colombia se basa puramente en tres proposiciones: que el privilegio abogado-cliente debe depender de las

⁵⁶² Como se indica *supra* (párrs. 242-244), Colombia critica la RP2 basándose en que el Tribunal no aplicó el derecho internacional en forma exclusiva, sino que consideró también al derecho colombiano.

⁵⁶³ *Vito Gallo*, nota 148, *supra*, en párr. 41 (RL-129). No obstante, cabe destacar que la decisión en este caso estuvo motivada, en parte, por lo dispuesto en el Artículo 1131(1) del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“TLCAN”) que no es de aplicación en el caso que nos ocupa.

⁵⁶⁴ *Reineccius*, nota 180, *supra*.

expectativas de los interesados en el momento de creación de los documentos pertinentes, que esas expectativas están determinadas por el derecho nacional del país en el que hayan tenido lugar las actividades pertinentes y que el derecho internacional debe, por tanto, como una cuestión de lógica, deferir a ese derecho nacional para decidir si los documentos en cuestión gozan de ese privilegio.

338. La primera proposición puede ser aceptada hasta cierto punto; el privilegio abogado-cliente, de hecho, guarda una estrecha relación con las expectativas de aquellos que solicitan u ofrecen asesoramiento jurídico, aunque debe reconocerse también que dicho privilegio sirve a los intereses comunitarios, que pueden diferir de aquellos del cliente y del abogado.
339. La segunda proposición resulta menos clara. Supone que todas las actividades pertinentes tienen lugar en un solo país. Teniendo en cuenta especialmente la naturaleza de las inversiones internacionales, puede que ese no sea el caso. Un gerente de un Estado A responsable de una inversión en un Estado B bien puede recibir asesoría mediante correo electrónico de un abogado (sea interno o externo) que se encuentra en un Estado C. Es cierto que eso no es lo que sucedió en el presente caso, cuando todo aconteció en Colombia y los abogados estaban habilitados para ejercer allí y se regían por el derecho de ese país. Sin embargo, la búsqueda del enfoque aplicado por el derecho internacional a cuestiones de privilegio no puede ser completamente específica para el caso concreto.
340. La proposición que resulta en verdad problemática es, no obstante, la tercera. Suponer que el derecho internacional defiere al derecho nacional implica no solo ignorar las limitaciones de las primeras dos proposiciones, sino también el carácter esencialmente internacional del arbitraje del CIADI y el hecho de que un tribunal del CIADI debe garantizar la igualdad de armas en los litigios entre partes cuya desigualdad es inherente —el Estado y el inversor—. El Comité ya ha considerado la importancia del hecho de que el Estado tiene facultades coercitivas a su disposición, las cuales no tiene el inversor (véanse párrs. 320-330, *supra*). También existe la cuestión de que el derecho nacional puede darle un tratamiento distinto a las cuestiones de confidencialidad al considerar la relación entre el

Estado y sus asesores jurídicos, donde las cuestiones de secreto oficial pueden ser significativas, y las comunicaciones entre un particular y sus abogados⁵⁶⁵.

341. El Comité no fue convocado para brindar respuestas a estos interrogantes. Basta con señalar que sugieren que no es para nada evidente por sí mismo que el derecho internacional deba exigir, o exija, un *renvoi* al derecho nacional en cuestiones de privilegio. En estas circunstancias, y puesto que las únicas autoridades presentadas que se ocupan del tema sostienen que el privilegio está determinado por el derecho internacional sin exigencia de un *renvoi*, el Comité considera que la decisión del Tribunal de que el derecho internacional no le exigía aplicar el derecho colombiano no puede considerarse como una malinterpretación o aplicación errónea groseras del derecho aplicable.
342. Por cierto, debe notarse que el Tribunal reforzó su decisión haciendo referencia al derecho colombiano⁵⁶⁶. Colombia critica el análisis del derecho colombiano por estar basado en una lectura errónea de una autoridad a la que hace referencia el Tribunal. El Comité considera que esta autoridad (una entrevista con dos abogados colombianos) es equívoca. No puede, por tanto, concluir que el Tribunal haya sido culpable de un error evidente. Más importante, incluso si fuera culpable de ello, ese error se relacionaría únicamente con un derecho al cual el Tribunal hizo referencia para confirmar la decisión a la que ya había llegado por aplicación del derecho internacional.
343. Colombia también propone un argumento independiente para cuestionar la decisión del Tribunal. Si se aceptara, *arguendo*, que la cuestión de si el privilegio alcanzaba las comunicaciones con los abogados internos se determina haciendo referencia al derecho internacional, Colombia aduce que el Tribunal erró al decidir que las comunicaciones intercambiadas con abogados internos gozan de privilegio en virtud del derecho internacional. Colombia se basa en el hecho de que la cuestión recibe tratamientos muy diferentes en los distintos sistemas jurídicos nacionales. En este contexto, Colombia se refiere, en particular, al rechazo por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del

⁵⁶⁵ Véase, por ejemplo, *Vito Gallo*, nota 148, *supra* (RL-129), donde la reclamación del Estado se basaba en conceptos de la confianza del Gabinete en virtud del derecho nacional.

⁵⁶⁶ RP4, nota 72, *supra*, párrs. 57-63 (AAE-9).

concepto de que las comunicaciones mantenidas con abogados internos tienen derecho a gozar de privilegio⁵⁶⁷.

344. El Comité acepta que la práctica relativa a la determinación de si el privilegio se extiende a las comunicaciones con los abogados internos varía considerablemente entre los Estados. No obstante, la cuestión planteada ante el Comité no radica en determinar si existe una norma de derecho internacional que determine el privilegio en dichas circunstancias, sino en determinar si la conclusión del Tribunal de que dicha norma existe representó una aplicación equivocada o una malinterpretación del derecho internacional tan grosera que deba ser considerada una absoluta falta de aplicación del derecho internacional susceptible de anulación.
345. Al respecto, el Comité recuerda que el tribunal en *Vito Gallo*⁵⁶⁸ no realizó ninguna distinción entre las comunicaciones con abogados internos y las correspondientes a abogados externos y que la decisión en *Reineccius*⁵⁶⁹ dispuso de forma expresa que el privilegio debe aplicarse a ambas formas de comunicación. Por lo tanto, la decisión del Tribunal en la RP4 no puede considerarse sin precedentes.
346. Es más, el Tribunal, en reconocimiento de que la cuestión no estaba totalmente resuelta, ofreció una explicación coherente y persuasiva para su decisión cuando sostuvo que tratar de forma diferente las comunicaciones con los abogados internos “*implicaría una discriminación injustificada frente a las partes que escogen abogados internos para que las representen en procedimientos de arbitraje de inversiones o les brinden asesoramiento sobre cuestiones que puedan adquirir relevancia en dichos procedimientos*”⁵⁷⁰ [Traducción del Comité]. Esta explicación tiene una resonancia particular en el contexto del arbitraje entre inversores y Estados porque los Estados habitualmente recurren al asesoramiento de sus propios abogados de gobierno (incluso si luego eligen, como en el

⁵⁶⁷ *Akzo*, nota 425, *supra*, párr. 74 (RL-116).

⁵⁶⁸ *Vito Gallo*, nota 148, *supra*, párr. 47 (RL-129). Colombia hace hincapié en el hecho de que dos de los miembros del Tribunal en el presente caso (el Presidente y el Sr. Thomas) también fueron miembros del tribunal en *Vito Gallo*. El Comité no otorga importancia alguna a dicho hecho. El Sr. Thomas fue nombrado por Colombia y el Presidente, por acuerdo de las Partes. Además, ninguna de las Partes ha dudado en citar ante el Tribunal casos en los cuales los miembros del Tribunal estuvieron involucrados, ni tampoco en citar ante el Comité casos en los cuales los miembros del Comité estuvieron involucrados.

⁵⁶⁹ *Reineccius*, nota 180, *supra*.

⁵⁷⁰ RP4, nota 72, *supra*, párr. 55 (AAE-9).

presente caso, la representación parcial de abogados externos). Si los abogados de gobierno, en calidad de abogados internos, se excluyen de la esfera del privilegio abogado-cliente, el Estado demandado podría terminar siendo tratado de forma notoriamente menos favorable que el inversor.

347. En estas circunstancias, el Comité concluye que la decisión del Tribunal en la RP4 de que el privilegio se extendía a las comunicaciones con los abogados independientemente de si dichos abogados eran internos o externos no puede considerarse como una malinterpretación o aplicación errónea flagrantes del derecho internacional. Por consiguiente, se desestima la solicitud de anulación del laudo por la causal de extralimitación manifiesta en las facultades.
348. El Comité tampoco puede aceptar el argumento de Colombia de que el Tribunal fue culpable de un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. La norma fundamental de procedimiento que invoca Colombia es el derecho a ser oída y, en particular, el aspecto de dicho derecho que permite que las partes presenten pruebas en sustento de su caso. Sin embargo, tal y como ha sostenido el Comité previamente, el derecho a la presentación de pruebas no es incondicional. Ambas Partes reconocen que excluye pruebas sujetas a privilegio. Por lo tanto, el argumento de Colombia no es más que una reformulación de su argumento sobre la extralimitación manifiesta en las facultades. Si —tal como sostuviera el Comité— el Tribunal no se extralimitó en sus facultades al momento de determinar que el privilegio al amparo del derecho internacional se extiende a las comunicaciones con los abogados internos, la aplicación de dicha decisión no puede, en sí misma, constituir un quebrantamiento del derecho a ser oído.
349. Por último, el Comité concluye que el Tribunal no incumplió la obligación de expresar los motivos de su decisión. La explicación de su decisión es coherente y carece de contradicciones. No obstante, el Comité considerará *infra* un aspecto de este argumento planteado por Colombia; en concreto, que el Tribunal se negó a analizar cada uno de los 159 documentos de forma separada⁵⁷¹. Dicho argumento versa sobre la aplicación de la

⁵⁷¹ Memorial de Anulación, párr. 321.

decisión contenida en la RP4, no sobre la cuestión de principio que se decidiera en dicha RP.

(b) La Decisión del Tribunal de No Admitir los Documentos del Anexo A

350. En la RP4 el Tribunal estableció las condiciones que, según su consideración, un documento debía reunir para que se le aplique el privilegio abogado-cliente. Dichas condiciones eran las siguientes:

- *Que el documento estuviera redactado por un abogado en calidad de tal;*
- *Que entre el abogado y el cliente existiera una relación abogado-cliente basada en la confianza (asesoramiento jurídico interno o externo);*
- *Que el documento hubiera sido elaborado a los fines de obtener o brindar asesoramiento jurídico;*
- *Que el abogado y el cliente, al brindar u obtener asesoramiento jurídico, hubieran actuado con la expectativa de que se mantuviera la confidencialidad del asesoramiento ante cualquier conflicto*⁵⁷².
[Traducción del Comité]

351. Colombia no cuestiona estos criterios. Sin embargo, alega que el Tribunal cometió un error susceptible de anulación cuando dispuso que el abogado principal de Glencore y Prodeco debía presentar una declaración jurada en la que indicara qué documentos, respecto de los cuales habían alegado privilegio, satisfacía esos criterios⁵⁷³, y cuando, luego, el Tribunal decidió lo siguiente respecto de los documentos del Anexo A:

*El abogado de las Demandantes tiene la responsabilidad de determinar cuáles documentos responden a las peticiones de la Demandada (acotadas por el Tribunal) y cuáles se encuentran sujetos a un privilegio. El Tribunal no tiene motivos para cuestionar estas decisiones*⁵⁷⁴.

352. Colombia se queja de que no se expresaron los motivos para esta decisión. Si bien la carta de 18 de mayo de 2018 es breve, ello no es sorprendente a la luz de la urgencia de la

⁵⁷² RP4, nota 72, *supra*, párr. 54 (AAE-9), que cita *Vito Gallo*, nota 148, *supra*, párr. 47 (RL-129).

⁵⁷³ RP4, nota 72, *supra*, párr. 95 (AAE-9).

⁵⁷⁴ Carta del Tribunal, 18 de mayo de 2018, transcrita en el Laudo, párr. 130.

cuestión. La correspondencia entre las Partes sobre este tema había finalizado solo el día anterior y la audiencia debía comenzar en el plazo de diez días⁵⁷⁵. La carta terminó indicando que el Tribunal ofrecería sus motivos en una fecha ulterior. Ello se llevó a cabo en la RP6, en los párrafos 108-114. Si bien los motivos allí expresados son breves, el Comité considera que son suficientes para satisfacer los requisitos del Artículo 52(1)(e) del Convenio del CIADI ya que permiten al lector seguir al Tribunal y comprender la conclusión a la que arribara.

353. Las reclamaciones más significativas planteadas por Colombia son que el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento y se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando se negó a “*questionar*” las decisiones del abogado de Glencore y Prodeco sobre si los documentos del Anexo A respondían a lo solicitado y si eran privilegiados.
354. Colombia hace hincapié en tres características de la situación que debió afrontar el Tribunal y que, argumenta, diferían de aquellas que existen generalmente cuando surge una controversia relativa a privilegio y grado de respuesta. En primer lugar, señala el hecho de que los documentos ya estaban en posesión de Colombia y que, por lo tanto, el Tribunal no tenía más razones para aceptar la opinión de Glencore y Prodeco que las que tenía para aceptar las de Colombia. En segundo lugar, y respecto de si los documentos solicitados respondían a la solicitud, Colombia argumenta que, habiendo visto ya dichos documentos, había formulado sus solicitudes de forma específica con la intención de obtener la exhibición de esos documentos, de forma que no pudiera haber justificación alguna para sostener que no respondían a la solicitud. Por último, la diferencia relativa a la incorporación de documentos al expediente del procedimiento surgió en el marco de las alegaciones de corrupción y, según Colombia, resultaba necesario, por lo tanto, que se sometieran a análisis las afirmaciones de que los documentos no eran privilegiados o no respondían a las solicitudes. Según Colombia, el Tribunal tenía la facultad de llevar a cabo dicho análisis ordenando que las afirmaciones fueran revisadas por un inspector de privilegios, o mediante la decisión del propio Tribunal, y no debería haberse negado a “*questionar*” las opiniones del abogado de Glencore y Prodeco. Colombia sostiene que no

⁵⁷⁵ Véanse párrs. 140 a 141, *supra*.

haber utilizado dicha facultad constituyó tanto una extralimitación manifiesta en las facultades como un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento.

355. El Comité considera que es de utilidad recordar la situación que debió enfrentar el Tribunal en el mes de mayo de 2018, cuando se presentó esta cuestión a su consideración. En primer lugar, las audiencias debían comenzar el 28 de mayo de 2018. El Tribunal había indicado con claridad que se opondría a cualquier solicitud de postergar las audiencias⁵⁷⁶ y Colombia había expresado que se opondría a cualquier solicitud de postergación⁵⁷⁷. En la correspondencia del mes de mayo de 2018 ninguna de las Partes sugirió la postergación de la audiencia. En segundo lugar, de los 24 documentos enumerados en el Anexo A (todos ellos parte integrante de los Documentos en Disputa de la SIC que Colombia había procurado introducir al expediente con su Memorial de Contestación original), uno ya se había divulgado, se había alegado el privilegio abogado-cliente respecto de seis de ellos, y Glencore y Prodeco alegaban que el resto de los documentos no ofrecían respuestas a las solicitudes de Colombia “*acotadas por el Tribunal en la Resolución Procesal No. 3*” (“RP3”). [Traducción del Comité]
356. El Anexo A, en la forma en la cual se adjuntó a la carta de Colombia dirigida al Tribunal el 11 de mayo de 2018, se asemejaba a un cronograma Redfern. Cada fila comenzaba con la identificación de un documento en referencia al número que se había otorgado cuando se lo adjuntó a la redacción original del Memorial de Contestación. La columna siguiente identificaba la solicitud (en la solicitud de exhibición de documentos de Colombia que el Tribunal había considerado en la RP3) a la que Colombia alegaba que respondía el documento. Luego, el cronograma indicaba la fecha del documento, la persona que había enviado el documento y aquellas a las que estaba dirigido⁵⁷⁸. En las columnas subsiguientes, Colombia identificaba el motivo por el cual no consideraba que el documento en cuestión estaba cubierto por privilegio abogado-cliente o por privilegio de negociación. En la última columna, Glencore y Prodeco explicaban el motivo por el cual consideraban que el documento era privilegiado (para el caso de los seis documentos

⁵⁷⁶ Correo electrónico del Tribunal de 6 de marzo de 2018, nota 153, *supra* (AAE-26); véase párr. 102, *supra*.

⁵⁷⁷ Carta de Colombia de 9 de marzo de 2018, nota 154, *supra* (R-273); véase párr. 106, *supra*.

⁵⁷⁸ A excepción de ciertas hojas de cálculo que se habían adjuntado al informe pericial presentado por Colombia.

respecto de los cuales se había alegado el privilegio) o indicaban (para el caso de los documentos restantes) que no respondía a la solicitud.

357. El Comité considera que surgen diferentes cuestiones respecto de los documentos que Glencore y Prodeco afirmaron que no respondían a la solicitud y aquellos respecto de los cuales se alegó el privilegio. Por lo tanto, el Comité analizará las dos categorías de forma separada, comenzando por los documentos respecto de los cuales se afirmó el privilegio. Si bien el Anexo A hace referencia tanto al privilegio abogado-cliente como al privilegio de negociación, Glencore y Prodeco indicaron (en la última columna del cronograma) que se invocaba el privilegio de negociación solo respecto de lo que se denominaba en ese momento como Documento R-54. Más adelante se procedió a divulgar dicho documento durante la audiencia (véase párr. 152, *supra*), cuando se incorporó al expediente como Documento R-100.
358. No resulta inusual que un tribunal acepte el certificado provisto por el abogado principal de una de las partes de que un documento en particular está sujeto a privilegio abogado-cliente (si bien el Comité entiende que esta práctica incluye suposiciones relativas a la supervisión de parte de los tribunales nacionales en materia de responsabilidades éticas locales lo cual no siempre está presente en los arbitrajes internacionales en materia comercial o entre inversores y estados). Si bien los tribunales remiten con frecuencia dichas controversias a un inspector de privilegios, no hay ninguna norma de procedimiento, mucho menos una de carácter fundamental, que exija que cada vez que surja una diferencia relativa a tales cuestiones, el tribunal deba designar un inspector de privilegios o llevar a cabo su propia investigación respecto del grado de respuesta de un documento en particular.
359. Tampoco el hecho de que la propia Colombia hubiera visto los documentos por ella misma convence al Comité de que el Tribunal debería haber procedido de manera diferente. La totalidad de la cuestión en la decisión adoptada en la RP2 (respecto de la cual el Comité ha concluido que no incluía ningún error susceptible de anulación) consistía en que Colombia – habiendo obtenido los Documentos en Disputa de la SIC por medio de la intervención de una agencia estatal en el marco de una investigación totalmente diferente – no se debería beneficiar de dicho hecho en el ámbito del arbitraje, sino que debería procurar la exhibición de los documentos a través de los mecanismos habituales. Resolver que se deberían apartar

los “*mecanismos habituales*” y que se debería adoptar un procedimiento diferente solo porque Colombia había visto los documentos sería absolutamente contrario al principio que subyace a dicha decisión.

360. No obstante, el hecho de que se solicitaran los documentos a los efectos de establecer un caso de corrupción por parte del inversor coloca la controversia en materia de privilegio en otra perspectiva. Tal como el Tribunal⁵⁷⁹ y el Comité⁵⁸⁰ han manifestado con claridad, la “*corrupción resulta moralmente abominable*”, y un tribunal tiene la obligación de investigar las reclamaciones en materia de corrupción con rigurosidad. Se puede argumentar que esta obligación exige que la utilización del procedimiento de certificación – si bien es aceptable en otras circunstancias – debiera desplazarse en favor de un análisis más inquisitivo, ya sea mediante un inspector de privilegios o mediante el análisis de los documentos por parte del propio Tribunal.
361. En el presente caso, otro motivo de preocupación radica en que el documento respecto del cual se reclama el privilegio y que luego fuera divulgado —es decir, el que se convirtió en el Documento R-100— no parece satisfacer los requisitos de privilegio abogado-cliente establecidos en la RP4.
362. El documento R-100 consiste en una cadena de correos electrónicos (véanse párrs. 184 a 185, *supra*). La mayoría de los correos electrónicos fueron enviados por la Sra. Natalia Anaya – una de las abogadas internas de Prodeco – al Sr. Nagle y a otros miembros de la alta dirección de Prodeco. Informan sobre las reuniones que mantuviera la Sra. Anaya con diversos funcionarios de Ingeominas. Hay respuestas muy breves del Sr. Nagle. La Sra. Anaya no ofrece asesoramiento jurídico ni tampoco el Sr. Nagle lo solicita. En el último correo electrónico de dicha cadena, de fecha 15 de mayo de 2009, la Sra. Anaya informa sobre una conversación con Carlos Gustavo Arrieta (abogado externo de Prodeco) en los siguientes términos:

Le solicité a Carlos Gustavo que me acompañara a la reunión el lunes, pero está ocupado todo el día. De todos modos, me comentó que hará todo lo posible para modificar algunas reuniones y así poder ir a Ingeominas, pero lo confirmará el lunes. Dijo que cree que más que presión legal, se requiere

⁵⁷⁹ Laudo, párrs. 663-664; véase también párr. 171, *supra*.

⁵⁸⁰ Véase párr. 308, *supra*.

*presión política por intermedio de Claudia Jimenez o Mateo Restrepo*⁵⁸¹.
[Traducción del Comité]

363. En sus comentarios en el Anexo A, Glencore y Prodeco señalaron que “*la Sra. Anaya también expresa a la gerencia el asesoramiento del abogado externo de Prodeco, Carlos Gustavo Arrieta, sobre las cuestiones relativas a regalías y caducidad tratadas en la cadena de correos electrónicos*” [Traducción del Comité]. La única parte de la cadena de correos electrónicos en la que se discuten las opiniones del Sr. Arrieta es el fragmento que se cita en el párrafo anterior. El Comité no considera que dicho fragmento transmita asesoramiento jurídico, ni tampoco que haya alguna parte de la cadena de correos electrónicos en la que se solicite asesoramiento jurídico. Tampoco resulta sencillo aceptar la reclamación de privilegio de negociación respecto de R-100, ya que la cadena de correos electrónicos registra posiciones adoptadas por Ingeominas y no expone detalles confidenciales sobre la posición negociadora de Glencore y Prodeco.
364. En estas circunstancias, podría sorprender que el Tribunal no sometiera a mayor escrutinio la reclamación de privilegio abogado-cliente para los otros cinco documentos del Anexo A respecto de los cuales se alegaba dicho privilegio. Sin embargo, si el hecho de no haber procedido de tal manera representó un quebrantamiento de una norma fundamental de procedimiento, es más discutible. Por último, el Comité no considera necesario adoptar una decisión sobre dicha cuestión porque ha concluido que, incluso si hubiera existido dicho quebrantamiento, no fue grave ya que Colombia no ha demostrado que la exclusión de esos cinco documentos podría haber afectado el resultado del procedimiento.
365. Hay dos motivos que sustentan dicha conclusión. En primer lugar, la alegación de que Glencore y Prodeco obtuvieron el acuerdo del Sr. Ballesteros para el Otrosí No. 8 por medio de prácticas de corrupción se centra, según lo señalara el Presidente del Tribunal en la audiencia, en el establecimiento de un vínculo entre el pago al Sr. Maldonado y al Sr. García por la concesión de 3 hectáreas y las acciones del Sr. Ballesteros. Cuando se discutió esta cuestión durante la audiencia, el abogado de Colombia, que había visto todos los documentos respecto de los cuales se alegó el privilegio, solo presentó el R-100 como prueba de dicho vínculo. Las transcripciones registran su concesión de que este documento

⁵⁸¹ Correo electrónico de Natalia Anaya a Gary Nagle y otros, 15 de mayo de 2009, pág. 3 (R-100).

era el único relevante para dicha cuestión (véase párr. 154, *supra*). Luego, se admitió el Documento R-100, se interrogó al Sr. Nagle respecto de este documento, y el Tribunal lo consideró en profundidad (véanse párrs. 184 a 185, *supra*). La conclusión del Tribunal fue que no establecía que hubiese habido corrupción. Puesto que el Documento R-100 era el documento que Colombia consideró como prueba del vínculo entre el pago de las 3 hectáreas y la decisión del Sr. Ballesteros, no hay sustento alguno sobre el cual el Comité pueda concluir que dicho vínculo se podría haber establecido por los otros cinco documentos del Anexo A respecto de los cuales Glencore y Prodeco alegaron el privilegio abogado-cliente.

366. Colombia se queja de que el Tribunal no analizó de forma adecuada el R-100 y el testimonio del Sr. Nagle. No obstante, la ponderación de las pruebas por parte de un tribunal, raramente puede, si es que alguna vez lo hiciera, justificar la anulación de un laudo. El Tribunal consideró las pruebas documentales con profundidad y tuvo el beneficio (del cual carece el Comité) de observar y escuchar el testimonio del Sr. Nagle durante el conainterrogatorio. El Comité no acepta que el Tribunal haya cometido un error en la ponderación de dicha prueba pero, incluso si ello fuera así, el error no habría constituido causal de anulación.
367. En segundo lugar, el Tribunal concluyó (véase párr. 183, *supra*) que el hecho de que no se haya incoado una causa penal en contra de Prodeco o alguno de sus oficiales y de que ni siquiera se haya abierto una investigación penal formal sobre ellos confirma su conclusión de que no se ha establecido la existencia de corrupción. Ello es particularmente importante porque la entidad responsable de abrir dicha investigación formal, la FGN, había tenido a su disposición todos los Documentos en Disputa de la SIC desde el mes de septiembre de 2017. Esta cuestión fue presentada al abogado de Colombia durante la audiencia y su respuesta fue que “[l]a investigación lleva tiempo”⁵⁸². El Comité siente empatía por esta observación. Sin embargo, se mantiene el hecho de que un fiscal público, en posesión de los documentos respecto de los cuales Colombia sostiene que constituyen pruebas evidentes de corrupción, no había abierto siquiera una investigación formal sobre la

⁵⁸² Tr. Tribunal Día 2, pág. 381:15 (Profesor Silva Romero).

sociedad acusada de tal corrupción transcurridos ocho meses de que tuviera la posesión de dichos documentos.

368. La importancia de esta consideración se ve reforzada por la carta que Colombia dirigiera al Comité el 9 de septiembre de 2020. En dicha carta, Colombia informó al Comité que *“conforme a la denuncia penal presentada por la ANDJE en el mes de septiembre de 2017 ... relativa a los eventos que enmarcaron la celebración del Otrosí No. 8 respecto del Contrato Minero entre Ingeominas y Prodeco”*, la FGN había *“acusado formalmente a dos ex-servidores públicos de Ingeominas, el Sr. Mario Ballesteros y el Sr. Fernando Ceballos Arrollave, con el cargo de interés indebido en la celebración de un contrato”* [Traducción Comité]. La acusación se presentó en el mes de agosto de 2020, es decir, prácticamente tres años después de la que la ANDJE proporcionara a la FGN los Documentos en Disputa de la SIC. No hubo causa penal ni investigación formal alguna respecto de Prodeco o sus funcionarios y Colombia acepta que los cargos en contra del Sr. Ballesteros y el Sr. Ceballos son más amplios que las alegaciones relativas al contrato de las 3 hectáreas⁵⁸³.
369. De forma similar al Tribunal, el Comité reconoce que el estándar de prueba en causas penales difiere del correspondiente al arbitraje internacional. Sin embargo, la ausencia de toda acción en contra de Prodeco o cualquiera de sus funcionarios (actuales o anteriores) en virtud de los Documentos en Disputa de la SIC sugiere que dichos documentos no constituyen la prueba de corrupción por parte de Prodeco que Colombia alega.
370. Además, estas dos consideraciones deben evaluarse en el marco de las conclusiones del Tribunal relativas a las quejas reiteradas por parte de Prodeco sobre el otorgamiento de la concesión de las 3 hectáreas a los Sres. Maldonado y García, el hecho de que el pago a dichas personas fuera realizado abiertamente luego de la deducción impositiva y fuera declarado por Prodeco, y la declaración del Ministro que sugería una explicación diferente para la transacción de las 3 hectáreas. A la luz de todos estos factores, el Comité concluye que no se ha establecido que, si el Tribunal hubiera considerado la cuestión de privilegio de forma diferente, el resultado del caso podría haber sido distinto.

⁵⁸³ Tr. pág. 176:16-19 (Profesor Silva Romero).

371. Hay una cuestión adicional que amerita breve consideración. Colombia plantea ante el Comité el argumento relativo a que el privilegio no resulta aplicable cuando una parte se comunica con su abogado respecto de un acto penal futuro en el cual el abogado es cómplice⁵⁸⁴. Colombia sugiere que ello representaba un motivo adicional por el cual el Tribunal debería haber rechazado o, al menos analizado con mayor profundidad, la reclamación en materia de privilegio. Sin embargo, no parece que este argumento fuera planteado ante el Tribunal y no se incluye en las columnas pertinentes del Anexo A. Por consiguiente, no puede constituir una base sobre la que pueda anularse el Laudo.
372. Por lo tanto, el Comité concluye que la consideración de la reclamación de privilegio por parte del Tribunal respecto de los documentos del Anexo A no conllevó un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. Dado que el Tribunal tenía la facultad de regular el procedimiento planteado ante él y la admisibilidad de las pruebas, no se puede afirmar, en ausencia de dicho quebrantamiento grave, que el Tribunal se ha extralimitado manifiestamente en sus facultades.
373. Respecto de la cuestión relativa a si el Tribunal debería haber adoptado un enfoque diferente en materia de si los documentos respondían a las solicitudes, el Comité observa que - por lo general y en los arbitrajes - recae en cada una de las partes la determinación de qué documentos en su poder responden a una solicitud de exhibición. No es habitual que dichas decisiones se sometieran a escrutinio por parte del tribunal.
374. En el presente caso, el Anexo A contenía muy poca información sobre la cuestión del grado de respuesta. En cada instancia, Colombia simplemente afirmó que el documento respondía a la solicitud, e indicó la solicitud a la que supuestamente respondía tal y como fuera presentada durante la fase de exhibición de documentos que derivó en la RP3. No obstante, el Tribunal había acotado dichas solicitudes en la RP3, por lo que la cuestión versaba sobre si los documentos respondían a las solicitudes así acotadas. Colombia sostuvo lo siguiente:

Al preparar su solicitud de exhibición de documentos, Colombia ya estaba al tanto de la existencia de categorías de documentos (como los Documentos en Disputa) que eran relevantes para su caso y, por lo tanto,

⁵⁸⁴ Réplica en Anulación, párr. 35, nota al pie 46, que cita la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Estados Unidos c. Zoilin*, 491 U.S. 554, 21 de junio de 1989 (AAL-101). Véase también Tr. págs. 170-172 (Sr. García Represa).

*elaboró sus solicitudes de manera tal de cubrir tales Documentos*⁵⁸⁵.
[Traducción del Comité]

Tal como se ha expresado previamente, respecto de los documentos en virtud de los cuales se alegó privilegio (véase párr. 359, *supra*), atribuir una consideración decisiva al hecho de que Colombia ya había visto los Documentos del Anexo A frustraría el propósito de la RP2.

375. Asimismo, Colombia no intentó demostrar la forma en la que los documentos en cuestión quedaban comprendidos en el alcance de las solicitudes tal como fueran acotadas por el Tribunal en la RP3. Por ejemplo, el Tribunal acotó la Solicitud No. 12 en la RP3 de la siguiente manera:

*Los documentos preparados y/o revisados por la Gerencia entre el 23/03/2008 y el 25/01/2010 para su uso en las discusiones con Ingeominas en apoyo de las propuestas de Prodeco para modificar el Contrato Minero, incluyendo cálculos, escenarios o modelos económicos*⁵⁸⁶. [Traducción del Comité]

Aun así, la descripción que realizó Colombia de los documentos R-121 y R-122 - que sostenía que respondían a la Solicitud No. 12 - hacía referencia a ellos como un recuento por parte de la Sra. Anaya de conversaciones mantenidas con el Sr. Espinosa (un asesor de Ingeominas).

376. En estas circunstancias, el Comité considera completamente comprensible la decisión del Tribunal de que:

*El abogado de las Demandantes realizó su análisis del grado de respuesta ... de los Documentos Excluidos. La Demandada no ha brindado motivos suficientes para que el Tribunal dudara de la exactitud o buena fe de ese análisis*⁵⁸⁷. [Traducción del Comité]

377. Además, las consideraciones presentadas en los párrs. 365-370, *supra*, también resultan aplicables aquí. Por lo tanto, el Comité rechaza los argumentos relativos a que el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento o una

⁵⁸⁵ Carta de Colombia de 11 de mayo de 2018, nota 193, *supra*, pág. 4 (AAE-12).

⁵⁸⁶ Resolución Procesal No. 3, 4 de enero de 2018, Anexo B, pág. 28 (AAE-36).

⁵⁸⁷ RP6, nota 73, *supra*, párr. 113 (AAE-10).

extralimitación manifiesta en sus facultades en su enfoque respecto de la cuestión de grado de respuesta.

(4) Resolución Procesal No. 6: la Exclusión de los Documentos de la FGN

378. La carta del Tribunal de 18 de mayo de 2018 y la RP6 rechazaron también la solicitud planteada por Colombia de introducir al expediente los documentos en posesión de la FGN que el Sr. Enciso había “filtrado”. Todos estos Documentos de la FGN se habían extraído de los Documentos en Disputa de la SIC y se superponían con los Documentos del Anexo A pero no incluían todo aquello que aparecía en el Anexo A, mientras que incluían documentos que no formaban parte del Anexo A. El Tribunal rechazó la solicitud de Colombia fundado en que los Documentos de la FGN no se habían presentado en el curso de las actividades de investigación o procesamiento penal tal como disponía la RP2.
379. El Tribunal hizo una distinción entre las diferentes fases de los procesos penales al amparo del derecho colombiano: la Indagación inicial en la cual la FGN investiga los hechos que han llegado a su atención a través de una denuncia; la Investigación, que comienza con una imputación o acusación formal; y el Juicio que contempla tres audiencias sucesivas las cuales derivan en la sentencia final⁵⁸⁸. El Tribunal determinó lo siguiente:

... el procedimiento penal basado en la Denuncia de la ANDJE se encuentra aún en la etapa preliminar, y los Documentos de la FGN no forman parte de una acusación formal en un procedimiento penal ante los juzgados colombianos. Por lo que sabe el Tribunal, la Denuncia no ha pasado la Fase 1, Indagación, y no ha derivado en un procesamiento, que eventualmente daría inicio a la Fase 2: Investigación ...⁵⁸⁹.

380. Colombia objeta que el requisito de que la investigación de la FGN deba haber procedido a una etapa ulterior no fue mencionado en la RP2. Sin embargo, en la RP2 el Tribunal manifestó con claridad que aún no había recibido escritos completos sobre el tema de la incorporación al expediente de los documentos aportados en la investigación penal. El Comité considera que estaba claro que el Tribunal tenía la intención de arribar a una decisión solo después de haber recibido la información completa.

⁵⁸⁸ RP6, nota 73, *supra*, párrs. 53-55 (AAE-10).

⁵⁸⁹ RP6, nota 73, *supra*, párr. 104 (AAE-10).

381. Asimismo, Colombia hace hincapié en la condición de la FGN como autoridad independiente en materia penal al amparo del derecho colombiano. El Comité acepta que la FGN ostenta dicha condición y no advierte elemento alguno en el Laudo o la RP6 que sea inconsistente con la aceptación de la referida condición. No obstante, el hecho de que la FGN sea una autoridad independiente no modifica el hecho de que sus investigaciones no habían progresado más allá de la etapa más preliminar.
382. El Comité no advierte nada que pudiera acercarse al nivel de error susceptible de anulación en el tratamiento que el Tribunal le dio a los Documentos de la FGN. Oyó los argumentos de ambas Partes y ofreció fundamentos completos para su decisión. Al Comité le parece totalmente razonable la conclusión del Tribunal de que admitir los Documentos eludiría, en efecto, la RP2, ya que los procedimientos de la FGN no han progresado más allá de la recepción por parte de la FGN de la denuncia de la ANDJE que estaba acompañada de los Documentos en Disputa de la SIC. El Comité ha sostenido previamente que la decisión del Tribunal en la RP2 de no admitir los documentos que la ANDJE tenía en su posesión simplemente porque la SIC los había obtenido para un propósito diferente por medio del uso de las facultades del Estado no constituyó ni un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento ni una extralimitación manifiesta en sus facultades. Por consiguiente, resulta axiomático que negarse a admitir los mismos documentos solo sobre la base de que la ANDJE los había transferido a la FGN es, de igual modo, perfectamente defendible.

(5) El Efecto Acumulativo de las Decisiones del Tribunal respecto de los Documentos

383. Antes de arribar a una conclusión definitiva sobre la cuestión de los documentos, el Comité considera necesario tomar distancia y observar la perspectiva general del tratamiento por parte del Tribunal de la controversia relativa a si los documentos inicialmente confiscados por la SIC deberían haberse admitido en el expediente.
384. Debido a que éste es un procedimiento de anulación, el Comité no puede sustituir su propia discrecionalidad por la del Tribunal. Todo aquello que el Comité debe - o puede - decidir es lo siguiente:

- (1) Si el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando excluyó los documentos;
 - (2) Si el Tribunal cometió un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento cuando procedió en tal sentido; y
 - (3) Si el Tribunal no expresó los motivos de su decisión de forma adecuada.
385. La tercera cuestión – si el Tribunal no expresó los motivos de forma adecuada – se puede responder con facilidad. El Comité considera que, en cada etapa del procedimiento, el Tribunal expresó los motivos de su decisión que permitían que el lector comprendiera aquello que se decidía, y que no eran contradictorios, incoherentes ni frívolos.
386. Las dos primeras cuestiones están vinculadas en el sentido de que, respecto de los hechos del presente caso, a menos que el Tribunal fuera culpable del quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento, su conducta no habría constituido una extralimitación manifiesta en sus facultades. El Comité considera que las decisiones del Tribunal sobre las cuestiones generales de derecho – es decir, si una demandada tiene derecho a apoyarse en documentos obtenidos para otros propósitos mediante el uso de las facultades coercitivas del Estado, si las comunicaciones con los abogados internos están cubiertas por el privilegio abogado-cliente, y si los documentos deberían haberse admitido sobre la base de que se habían entregado a un fiscal independiente – no contravienen ninguna norma fundamental de procedimiento y no involucran ninguna extralimitación en las facultades.
387. Por lo tanto, la única cuestión remanente consiste en determinar si la forma en la cual el Tribunal dio efecto a dichas decisiones, las cuales resultaron en la exclusión de la mayoría de los Documentos en Disputa de la SIC del expediente, supuso un quebrantamiento grave de una norma fundamental de procedimiento. El Comité ha concluido que no lo hizo. Si bien Colombia se queja de que su derecho de defensa se vio gravemente perjudicado por la exclusión que la privó de las pruebas que habrían demostrado la existencia de corrupción por parte de Glencore y Prodeco, persiste el hecho de que el documento sobre el cual Colombia hizo mayor hincapié fue admitido en el expediente y no convenció al Tribunal de la veracidad de las alegaciones de Colombia. Además, y una vez transcurrido el plazo

de tres años, los documentos restantes no han derivado en procedimiento alguno en contra de Glencore, Prodeco ni ninguno de sus oficiales.

388. En consecuencia, el Comité desestima la solicitud de anulación en la medida en que se funda en las decisiones de excluir documentos del expediente.

VII. LA CUESTIÓN DE LA ILEGALIDAD

A. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

(1) Colombia

389. En calidad de línea argumentativa adicional y en subsidio, Colombia alega que el Laudo debería anularse en virtud de la ilegalidad de la supuesta inversión. Plantea que esta línea argumentativa resulta aplicable incluso si se considera que las decisiones del Tribunal en la RP2, la RP4 y la RP6 son irreprochables⁵⁹⁰. En efecto, Colombia alega que las pruebas que *fueron* incluidas en última instancia en el expediente del caso - si se entienden “*de conformidad con las inferencias que deben extraerse*” [Traducción del Comité] – eran suficientes para forzar la conclusión de que la inversión de Glencore y Prodeco estaba viciada de ilegalidades y de que el Tribunal, en consecuencia, carecía de jurisdicción respecto de la diferencia⁵⁹¹. En cambio, el Tribunal arribó a la conclusión opuesta en una decisión que, según Colombia, da origen a dos causales de anulación: por un lado, el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades por haber ejercido la jurisdicción cuando carecía de ella; y, por el otro, las conclusiones de hecho del Tribunal fueron tan atroces e irracionales como para constituir una falta de expresión de motivos y una extralimitación manifiesta en sus facultades⁵⁹².
390. Colombia interpreta que los Artículos 2 y 4(1) del TBI circunscriben su consentimiento al arbitraje de forma tal que excluyen cualquier inversión que no se realice de conformidad con el derecho y las regulaciones de Colombia⁵⁹³. Colombia argumenta que esta

⁵⁹⁰ Memorial de Anulación, párr. 345.

⁵⁹¹ Memorial de Anulación, párr. 348.

⁵⁹² Tr. pág. 71: 16-21 (Profesor Silva Romero); Memorial de Anulación, párr. 349.

⁵⁹³ Memorial de Anulación, párr. 352.

interpretación resulta consistente - independientemente de que se funde en la redacción explícita del TBI - con el consenso general en materia de derecho internacional de que los tribunales “no pueden ejercer su jurisdicción sobre inversiones ilegales, ilícitas o adquiridas de forma impropia”⁵⁹⁴ [Traducción del Comité]. Por lo tanto, Colombia sostiene que el ejercicio de la jurisdicción *ratione materiae* por parte de un tribunal sobre una inversión obtenida de forma ilegal constituiría una evidente extralimitación en sus facultades⁵⁹⁵. Además, en aquellas circunstancias en las que la extralimitación de la jurisdicción del tribunal es manifiesta, se establecería un error susceptible de anulación⁵⁹⁶.

391. En virtud de estos motivos, Colombia afirma que el Comité debe llevar a cabo un “análisis inquisitivo” para determinar si la inversión de Glencore y Prodeco estuvo viciada de ilegalidad, privando, así, al Tribunal de su jurisdicción⁵⁹⁷. Además, Colombia agrega que dicho análisis debe derivar en la conclusión de que la supuesta inversión fue obtenida de forma ilegal⁵⁹⁸. Por un lado, Colombia sostiene que las pruebas obrantes en el expediente eran suficientes para que el Tribunal estableciera la “inferencia apropiada” de que el Otrosí No. 8 estaba viciado de corrupción⁵⁹⁹ [Traducción del Comité]. Por el otro, Colombia argumenta que las pruebas demuestran que el Otrosí No. 8 se había garantizado sobre la base de declaraciones erróneas y fraudulentas efectuadas por Prodeco⁶⁰⁰.
392. En este contexto, Colombia hace referencia a los hechos “extremadamente sospechosos” que enmarcan la venta del terreno de 3ha. Colombia afirma que el precio inflado del terreno, el momento de la venta y la identidad de las partes de dicho contrato constituían un “indicio evidente de corrupción”⁶⁰¹. Además, Colombia alega que la exhibición final del Anexo R-100 durante la audiencia oral puso de manifiesto una “auténtica prueba definitiva” ante el Tribunal⁶⁰². Colombia hace referencia a dicho documento para

⁵⁹⁴ Memorial de Anulación, párr. 353.

⁵⁹⁵ Memorial de Anulación, párr. 354.

⁵⁹⁶ Memorial de Anulación, párr. 354.

⁵⁹⁷ Memorial de Anulación, párr. 355.

⁵⁹⁸ Memorial de Anulación, párr. 355.

⁵⁹⁹ Memorial de Anulación, párr. 358.

⁶⁰⁰ Memorial de Anulación, párr. 379; Réplica en Anulación, párr. 293.

⁶⁰¹ Memorial de Anulación, párrs. 357-600.

⁶⁰² Memorial de Anulación, párrs. 358-359.

demostrar que el Director General de Prodeco había “*explicado - incluso presumido*” que el trato favorable proporcionado por Sr. Ballesteros a Prodeco se había generado como consecuencia de la transacción de las 3ha⁶⁰³. Colombia no acepta la explicación alternativa que ofreciera el Sr. Nagle para el contenido de su correo electrónico y considera que su testimonio a tales efectos fue “*absurdo*”, y sostiene que el contenido del correo electrónico “*no puede explicarse sin que se planteen nuevas dudas e interrogantes*” respecto de la legalidad del Otrosí No. 8⁶⁰⁴. [Traducción del Comité]

393. A la luz de esta prueba, y de forma coherente con el enfoque establecido del derecho de inversiones respecto de los casos en los cuales se determina - al menos *prima facie* - un caso de corrupción, Colombia sostiene que el Tribunal debería haber dispensado a Colombia de la carga de la prueba relativa al establecimiento de sus alegaciones de corrupción. Colombia se queja de que el Tribunal no solo se negó a hacerlo en las circunstancias del presente caso, sino que también se negó a extraer cualquier inferencia adversa en contra de Glencore y Prodeco como resultado de su negativa a exhibir los Documentos en Disputa de la SIC a pesar de los “*esfuerzos hercúleos*” de Colombia para incorporarlos al expediente⁶⁰⁵. Colombia alega que, por lo tanto, el Tribunal erigió una “*presunción infranqueable en contra*” de la presencia de corrupción, lo cual, en última instancia, resultó en el ejercicio erróneo de jurisdicción respecto de la inversión ilegal de Glencore y Prodeco⁶⁰⁶. [Traducción del Comité]
394. Asimismo, Colombia se refiere a los informes internos de Prodeco como prueba de que Glencore y Prodeco retuvieron, de forma deliberada y de mala fe, información geológica, técnica y en materia de precios respecto de Ingeominas, y que manipularon los datos en los que se fundaba para justificar la “*supuesta necesidad económica*” del Otrosí No. 8⁶⁰⁷. Según Colombia, estos documentos demuestran que la verdadera evaluación de Prodeco consistía en que el Otrosí No. 8 no era, en efecto, necesario para que el aumento en la

⁶⁰³ Memorial de Anulación, párr. 359.

⁶⁰⁴ Tr. págs. 72:22-73:2 (Profesor Silva Romero).

⁶⁰⁵ Memorial de Anulación, párr. 363.

⁶⁰⁶ Memorial de Anulación, párrs. 360, 364.

⁶⁰⁷ Memorial de Anulación, párr. 379; Réplica en Anulación, párr. 293.

producción de la Mina Calenturitas fuera factible⁶⁰⁸. Colombia argumenta que dicha evaluación se erige en un “*absoluto contraste*” con aquello que Prodeco había expresado a Ingeominas en el marco de las respectivas negociaciones que derivaron en la conclusión del Otrosí No. 8⁶⁰⁹. Colombia agrega que Glencore y Prodeco todavía no han abordado estas inconsistencias, y que no han explicado “*cómo y por qué*” Colombia habría acordado el Otrosí No. 8 sin haber estado convencida de la necesidad económica para ello⁶¹⁰. [Traducción del Comité]

395. Colombia argumenta que el Tribunal ignoró de forma grosera, irracional e incoherente *indicios* esenciales de la ilegalidad que se habían planteado. Sostiene esta posición tanto respecto de la alegación de “*corrupción evidente*” que subyace la inversión, así como de la alegación de mala fe y tergiversaciones de Prodeco para garantizar el Otrosí No. 8⁶¹¹. [Traducción del Comité]

396. En primer lugar, y den relación con la supuesta corrupción del Sr. Ballesteros por parte de Glencore y Prodeco, Colombia argumenta que el Tribunal totalmente “*omitió*” o simplemente “*pasó por alto*” diversas alertas de corrupción⁶¹². A modo de ejemplo, Colombia argumenta que el Tribunal se negó a analizar de forma apropiada las alegaciones presentadas por “*múltiples*” servidores públicos de Ingeominas de que el Sr. Ballesteros había ejercido “*presión indebida*” para garantizar su conformidad con el Otrosí No. 8⁶¹³. Además, Colombia alega que el Tribunal “*hizo oídos sordos a la corrupción*” cuando aceptó las “*explicaciones sumamente inverosímiles*” del Sr. Nagle respecto del contenido del anexo R-100, a pesar del hecho de que “*muchas de estas explicaciones consistían en sí mismas en admisiones de influencias insignificantes*”. En efecto, Colombia alega que el Sr.

⁶⁰⁸ Tr. pág. 74:3-6 (Profesor Silva Romero); Memorial de Anulación, párr. 379, nota al pie 494, que hace referencia a *NPV Calculation Summary - 2008 Life of Mine Plans June Schedules* (G&P0001160) de octubre de 2009, NPV Summary Tab (**R-305.1**); Xstrata plc, Circular y Notificación de Asamblea Extraordinaria de 2 de febrero de 2009, pág. 32 (**R-303**) (“*Se planea completar una expansión de la producción de carbón térmico de exportación a 12Mtpa para el año 2013. [...] Esto podría incrementar la producción a aproximadamente 14Mtpa*”). [Traducción del Comité]; y Alegato de Apertura de Colombia ante el Tribunal, diapositivas 48, 52, 53 (**AAE-14**).

⁶⁰⁹ Memorial de Anulación, párr. 379; Réplica en Anulación, párr. 293.

⁶¹⁰ Alegato de Apertura de Colombia ante el Comité, nota 391, *supra*, diapositiva 95 (**AAE-38**); Tr. pág. 74:11-12, 23-25 (Profesor Silva Romero).

⁶¹¹ Memorial de Anulación, párrs. 367-368.

⁶¹² Memorial de Anulación, párrs. 369-382.

⁶¹³ Memorial de Anulación, párrs. 369-370.

Nagle concedió que Prodeco había “*cedido al chantaje económico*”.⁶¹⁴ [Traducción del Comité]

397. En segundo lugar, Colombia sostiene que el Tribunal no analizó de forma racional muchos hechos fundamentales relativos a la mala fe y el dolo de Glencore y Prodeco para obtener el Otrosí No. 8 por medio de declaraciones erróneas y fraudulentas⁶¹⁵. Según Colombia, el Tribunal “*ignoró*” pruebas evidentes de ilegalidad, como la admisión del Sr. Nagle de que Prodeco había cometido “*omisiones groseras durante las negociaciones*”⁶¹⁶. Asimismo, Colombia alega que el Tribunal se basó en hechos que eran “*evidentemente falsos, y a sabiendas de ello*” para poder arribar a la conclusión de que Prodeco no había procedido de mala fe durante las negociaciones⁶¹⁷. [Traducción del Comité]
398. Este enfoque respecto de las pruebas resultó en la extralimitación manifiesta de facultades por parte del Tribunal cuando afirmó su jurisdicción a pesar de lo que Colombia mantiene que es la ilegalidad de la inversión. Además, Colombia alega que la explicación que diera el Tribunal de su decisión era tan deficiente como para constituir falta de expresión de motivos.

(2) *Glencore y Prodeco*

399. Glencore y Prodeco no concuerdan con que el Tribunal haya tratado de forma incorrecta las pruebas de corrupción y tergiversación que planteara Colombia⁶¹⁸. Caracterizan la Solicitud de Colombia en este aspecto como un intento de litigar nuevamente sus alegaciones de hecho, y afirman que ese tipo de investigación no está permitida con arreglo al procedimiento de anulación del Convenio del CIADI⁶¹⁹. Glencore y Prodeco alegan que el procedimiento de anulación “*no está concebido como vehículo para revisar*” las conclusiones de hecho del tribunal⁶²⁰. [Traducción del Comité]

⁶¹⁴ Memorial de Anulación, para. 373.

⁶¹⁵ Memorial de Anulación, párr. 376.

⁶¹⁶ Memorial de Anulación, párr. 377.

⁶¹⁷ Memorial de Anulación, párr. 381.

⁶¹⁸ Dúplica en Anulación, párr. 89.

⁶¹⁹ Memorial de Contestación en Anulación, párr. 101; Tr. págs. 78:16-79:13 (Sr. Blackaby).

⁶²⁰ Tr. pág. 78:14-18 (Sr. Blackaby).

400. No obstante, Glencore y Prodeco agregan que las conclusiones de hecho del Tribunal fueron absolutamente correctas y que la alegación de Colombia de corrupción era “*fantasiosa*” y “*oportunista*”⁶²¹ [Traducción del Comité]. Argumentan que esto queda confirmado por el hecho de que la propia Colombia no ha incoado ninguna acción penal a nivel nacional en contra de Prodeco en virtud de las alegaciones de corrupción planteadas por primera vez solo cuando se había iniciado el arbitraje - aproximadamente siete años después de que la supuesta corrupción tuviera lugar⁶²².
401. En respuesta a la afirmación de que el Tribunal cometió una falta de expresión de motivos, Glencore y Prodeco argumentan que las alegaciones de Colombia en materia de corrupción o tergiversación fueron analizadas “*razonada y exhaustivamente*” por el Tribunal⁶²³. Recuerdan el estándar aplicable, que exige que la evaluación del Tribunal tendría que ser “*tan irracional como para que ningún decisor razonable pudiera haber llegado a la misma conclusión*”, y argumentan que ningún observador objetivo podría concluir que el trato que el Tribunal confirió a las pruebas en el presente caso satisface dicho estándar⁶²⁴. [Traducción del Comité]

B. EL ANÁLISIS DEL COMITÉ

402. El Comité considera necesario comenzar con tres observaciones preliminares. En primer lugar, Colombia señala que presenta su caso sobre la Cuestión de la Ilegalidad de forma totalmente independiente a la Cuestión de los Documentos. En palabras de Colombia, incluso si el Comité no anula el Laudo en virtud de la exclusión de los documentos sobre la ilegalidad, “*sobre la base de los hechos en el expediente, entendidos de conformidad con las inferencias necesarias que deben extraerse, el Tribunal debería haber arribado a la conclusión de que la supuesta inversión de las Demandantes estaba viciada de corrupción y otras ilegalidades, y haber declinado su jurisdicción*”⁶²⁵. [Traducción del Comité]

⁶²¹ Tr. págs. 78:14-15, 79:4-7, 80:14-15 (Sr. Blackaby).

⁶²² Tr. pág. 80:16-24 (Sr. Blackaby).

⁶²³ Dúplica en Anulación, párr. 89; Memorial de Contestación en Anulación, párr. 131.

⁶²⁴ Dúplica en Anulación, párr. 89.

⁶²⁵ Memorial de Anulación, párr. 348.

403. Sin embargo, en ocasiones Colombia pierde de vista la distinción entre las dos cuestiones y trata de mejorar su caso sobre la Cuestión de la Ilegalidad invocando aquello que percibe como la decisión incorrecta del Tribunal de excluir los documentos⁶²⁶. Sin embargo, Colombia no puede reformular su caso sobre los documentos de esta manera. Debido a que Colombia ha presentado su caso sobre la Cuestión de la Ilegalidad fundamentado en que el Laudo debería anularse porque el Tribunal arribó a la conclusión errónea respecto de una cuestión jurisdiccional sobre la base del expediente que tenía ante él, el Comité debe analizar esta parte del caso del Colombia sobre la base exclusiva de dicho expediente. Esta parte del caso sobre anulación planteado por Colombia no puede fortalecerse mediante alusiones a documentos que no formaban parte de dicho expediente.
404. En segundo lugar, el caso de anulación planteado por Colombia sobre la Cuestión de la Ilegalidad se presenta de dos formas. A saber:
- (a) que hubo una extralimitación manifiesta en las facultades cuando el Tribunal asumió la jurisdicción, ya que el Tribunal carecía de jurisdicción a menos que la inversión se hubiera hecho de conformidad con el derecho colombiano; y
 - (b) que *“el Tribunal incurrió en una falta de expresión de motivos y en una extralimitación manifiesta en sus facultades cuando arribó a conclusiones de hecho groseras e irracionales”*⁶²⁷. [Traducción del Comité]
405. Sin embargo, en la práctica ambos argumentos son inseparables. No es materia de controversia que, si el Otrosí No. 8 se hubiera obtenido de forma ilícita, la inversión habría quedado fuera del alcance del Artículo 2 del TBI y, por consiguiente, el Tribunal habría carecido de jurisdicción. Ello fue aceptado de forma expresa por el Tribunal⁶²⁸, y no se cuestiona por Glencore y Prodeco. Tampoco es materia de controversia aquello que, como cuestión de derecho, haría que la inversión fuera ilegal. En cambio, la controversia radica en una cuestión de hecho: ¿el Tribunal tenía la facultad, en virtud de las pruebas que le fueron presentadas, de arribar a la conclusión de que la inversión no se había obtenido de forma ilegal? El primer argumento de Colombia - que el Tribunal se extralimitó

⁶²⁶ Véase, por ejemplo, Réplica en Anulación, párrs. 294-295.

⁶²⁷ Memorial de Anulación, párr. 349.

⁶²⁸ Laudo, párrs. 665, 825.

manifiestamente en sus facultades cuando afirmó la jurisdicción - es, por lo tanto, dependiente de su segundo argumento - que el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades cuando arribó a “*conclusiones de hecho groseras e irracionales*”. [Traducción del Comité]

406. En tercer lugar, resulta importante en este contexto ser particularmente claro sobre la naturaleza y el alcance de las facultades del Comité. El Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI faculta al comité *ad hoc* para anular el laudo solo a causa de extralimitación *manifiesta* en las facultades. El Comité comparte la opinión del comité *ad hoc* en *Duke Energy*. A saber:

Por lo tanto, un comité ad hoc no anulará el laudo si el pronunciamiento del tribunal sobre una cuestión de derecho es sostenible, incluso si el comité considera que es incorrecta como cuestión de derecho. La existencia de una extralimitación manifiesta en las facultades solo puede evaluarse por parte de un comité ad hoc en consideración de los elementos de hecho y de derecho sobre los cuales se funda la decisión y/o el laudo del tribunal de arbitraje en virtud de los escritos de las partes. Sin reabrir debates sobre cuestiones de hecho, un comité puede considerar los hechos del caso tal como figuraban en el expediente presentado al tribunal a fin de verificar si podía arribar a su solución, independientemente de lo cuestionable que sea. ¿La opinión del tribunal es tan insostenible que no puede fundarse en argumentos razonables? Una solución cuestionable no es susceptible de anulación, ya que la extralimitación en las facultades no sería, en ese caso, “manifiesta”⁶²⁹. [Traducción del Comité]

407. Para justificar su argumento de que el Comité debe examinar las pruebas de forma inquisitiva, Colombia cita la referencia en el párrafo 158 de la decisión del comité *ad hoc* de *Caratube* a errores de hecho atroces y a una ponderación irracional de las pruebas. Sin embargo, es necesario citar ese párrafo entero:

Las conclusiones sobre los hechos y la ponderación de las pruebas por parte de un tribunal están fuera del alcance de las facultades de revisión del comité de anulación, salvo que la solicitante pueda demostrar que los errores de hecho son tan atroces o que la ponderación de las pruebas es tan irracional que constituyen una causal independiente de anulación. El respeto por las conclusiones sobre los hechos de los tribunales se justifica normalmente porque es el tribunal quien tuvo el control de las pruebas

⁶²⁹ *Duke*, nota 303, *supra*, párr. 99 (AAL-14).

*presentadas y la oportunidad de interrogar testigos y peritos de forma directa*⁶³⁰. [Traducción del Comité]

Además, cabe señalar que el comité de *Caratube*, al negarse a anular el laudo en ese caso, aludió al hecho de que “*el Tribunal analizó y ponderó cuidadosamente las pruebas disponibles, y explicó en detalle los motivos de sus conclusiones*”⁶³¹. [Traducción del Comité]

408. El Comité está de acuerdo con este análisis. No basta con que las conclusiones sobre los hechos y la ponderación de las pruebas por parte del Tribunal estén abiertas a debate. Para que el Laudo pueda anularse por extralimitación manifiesta de facultades, la conclusión de que la inversión no se obtuvo de manera ilegal debe haber sido tan atroz que ningún tribunal razonable podría haber llegado a ella.
409. El Comité considera que Colombia no ha cruzado este umbral. El Tribunal analizó detenidamente las pruebas que obran en el expediente en relación con la alegación de corrupción⁶³² y con la mala fe⁶³³. El Comité no ve ningún defecto en ese análisis, y mucho menos un error susceptible de anulación. Colombia disiente de las conclusiones del Tribunal con respecto al Documento R-100 y la prueba que aportara el Sr. Nagle, pero el Comité considera que el Tribunal tenía todo derecho a llegar a las conclusiones a las que llegó, y que expuso y explicó minuciosamente en el Laudo. El Tribunal analizó con detenimiento todas las “alertas” tanto de corrupción como de mala fe, y ponderó todas las pruebas obrantes en el expediente antes de concluir que la totalidad de las pruebas no justificaba resolver que había habido corrupción o mala fe.
410. Al igual que el tribunal de *Caratube*, el Tribunal explicó en detalle los motivos de sus conclusiones. Ese detalle no suele reflejarse en las críticas de Colombia. Por ejemplo, Colombia sostiene:

... el tribunal ignoró otro indicio claro de corrupción: la exorbitante suma de USD 1,75 millón pagada por las Demandantes por el infame Contrato 3ha. Pese a la exclusión de los Documentos de Ilegalidad, este gasto

⁶³⁰ *Caratube*, nota 308, *supra*, párr. 158 (RL-184).

⁶³¹ *Caratube*, nota 308, *supra*, párr. 159 (RL-184).

⁶³² Laudo, párrs. 596-747.

⁶³³ Laudo, párrs. 751-858.

*extravagante e inexplicable debería haberse analizado con detenimiento y debería haberse atribuido gran importancia, en lugar de hacerlo a un lado. En cambio, el Tribunal llegó a la extraña conclusión de que, dado que el dinero se depositó en cuentas colombianas y no en una sociedad instrumental ubicada en un paraíso fiscal, las actividades deben haber sido legítimas*⁶³⁴. [Traducción del Comité]

411. Sin embargo, el Tribunal sí analizó esta cuestión en profundidad y no la “*hizo a un lado*”. Al contrario, el Tribunal dedicó gran parte de su laudo a analizar el pago, su magnitud y sus circunstancias⁶³⁵. Tampoco resolvió que la suma pagada no indicaba corrupción simplemente porque “*el dinero se depositó en las cuentas colombianas y no en una sociedad instrumental ubicada en un paraíso fiscal*”.⁶³⁶ Lo que recalcó el Tribunal fue el hecho de que Glencore y Prodeco habían sido transparentes con respecto al pago. Además del hecho de que no habían pretendido ocultarlo mediante el uso de una cuenta *offshore*, el Tribunal también apuntó al hecho de que retuvieron impuestos, declararon el pago en sus cuentas, lo declararon a Ingeominas y siguieron quejándose (sin recibir respuesta alguna de los distintos organismos del Gobierno colombiano a los que se dirigieron esas quejas) acerca de lo que consideraron un “chantaje económico”. [Traducción del Comité]
412. Colombia alega que, frente a las alegaciones de corrupción, el Tribunal se equivocó al insistir que la carga de la prueba recaía sobre Colombia. Para justificar su postura, Colombia cita el análisis que realiza la Dra. Betz del laudo de *Spentex c. Uzbekistán*, en el cual comentó:

El Tribunal señaló que las cuestiones de soborno son notoriamente difíciles de demostrar en un arbitraje y que ‘existe un peligro inherente de deshacerse del problema recurriendo a normas probatorias estrictas que pueden hacer que sea prácticamente imposible probar o refutar la existencia de corrupción’. Resolvió que la regla tradicional de que cada parte debe probar los hechos en los que se funda, sumado a un estándar de prueba superior de ‘evidencia clara y convincente’, hacían que fuera casi

⁶³⁴ Memorial de Anulación, párr. 374.

⁶³⁵ Véase, en especial, Laudo, párrs. 611-626.

⁶³⁶ Memorial de Anulación, para. 374.

*imposible para una parte demostrar la existencia de soborno*⁶³⁷.
[Traducción del Comité]

413. Sin embargo, en el presente caso, el Tribunal no fundó sus conclusiones en la carga de la prueba, sino en un análisis de todo el expediente ante él. Además, cabe destacar que la Dra. Betz agregó (inmediatamente después del pasaje citado *supra*):

Pero también advirtió que trasladar la carga de la prueba luego de que una de las partes hubiera aportado algunos indicios de corrupción y después exigir “'evidencia clara y convincente' para la ausencia de corrupción a la otra parte” constituye una ‘probatio diabolica’ o imposibilidad de facto de refutar la existencia de corrupción’ para esta última. [Traducción del Comité]

414. El Comité tampoco está convencido de que el Tribunal haya cometido un error, ni mucho menos una extralimitación manifiesta de facultades, al no dar importancia a un supuesto conflicto de intereses de parte del abogado que, según Colombia, asesoró a Ingeominas y a Prodeco, o al no extraer una inferencia negativa de corrupción del enfoque adoptado por Glencore y Prodeco con respecto a la cuestión de exhibición de documentos.
415. Por lo tanto, el Comité rechaza la solicitud de anular el Laudo por extralimitación manifiesta de facultades. La solicitud basada en una supuesta falta de expresión de motivos también falla porque el Tribunal brindó una exposición clara y coherente de sus motivos, que no resulta contradictoria o frívola. Está claro que esos motivos no convencieron a Colombia, pero ese no es el test que el Comité ha de aplicar.

VIII. COSTAS

416. El Artículo 61(2) del Convenio CIADI dispone lo siguiente:

En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y

⁶³⁷ K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*, Cambridge University Press 2017, pág. 131 (RL-149).

de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

417. Esta disposición, que se aplica *mutatis mutandis* al procedimiento de anulación en virtud del Artículo 52(4) del Convenio del CIADI, otorga discreción al Comité para distribuir todos los costos de la anulación, incluidos los honorarios de los abogados y otros costos, entre las Partes, según lo estime apropiado⁶³⁸.
418. El Comité considera que, a falta de circunstancias excepcionales, una parte que no haya tenido ningún éxito en su solicitud de anulación –como las Solicitantes en el presente caso– normalmente debe sufragar la totalidad de los costos del procedimiento (incluidos los honorarios y gastos de sus miembros, y los costos del Centro) y los costos razonables de la parte vencedora. El Comité no ve circunstancias excepcionales en el presente caso que justifiquen una decisión distinta.
419. Los costos se dividen en dos categorías: (i) los costos del procedimiento en sí, es decir, los costos en que haya incurrido el Centro, y los honorarios y gastos de los Miembros del Comité y de la Asistente del Presidente; y (ii) los costos de representación y gastos en que hayan incurrido las Partes.
420. Los costos totales del procedimiento (en USD) son los siguientes:

Cargos administrativos del CIADI: USD 84.000,00

Honorarios y gastos de los Miembros del Comité:

Christopher Greenwood: USD 61.741,05

Doug Jones: USD 49.351,92

Bertha Cooper Rousseau: USD 42.153,15

Total: USD 153.246,12

Honorarios y Gastos de la Asistente (Sra. Elphick): USD 14.562,50

Otros Gastos Directos: USD 20.775,89

⁶³⁸ Véase, también, Regla 47(1)(j) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, aplicada a los procedimientos de anulación mediante la Regla 53 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Total: USD 272.584,51

421. Los costos precedentes se pagaron con los anticipos realizados por Colombia, como la Parte que solicitó la anulación, de conformidad con la Regla 14(3)(e) del Reglamento Administrativo y Financiero. Colombia anticipó un total de USD 527.667,91. Colombia sufragará la totalidad de estos costos. El CIADI devolverá a Colombia el saldo remanente de los anticipos.

422. Con respecto a los costos en que incurrieron las Partes en concepto de representación legal y gastos relacionados, las Partes presentaron detalles el 24 de noviembre de 2020, a saber: Colombia:

Costos de representación USD 751.137,97⁶³⁹

Gastos USD 1.326,09

Glencore y Prodeco:

Costos de representación: USD 1.248.680,86

Gastos: USD 23.676,32.

423. El Comité considera que Colombia, al no haber prosperado su solicitud de anulación del Laudo, debería reembolsar a Glencore y Prodeco por los costos de representación y gastos en que estas hubiesen incurrido. Sin embargo, el Comité advierte que los costos de representación de Glencore y Prodeco son significativamente mayores que los de Colombia. Ambas Partes fueron representadas por grandes despachos internacionales de abogados. El Comité no ve por qué Glencore y Prodeco deberían haber incurrido en costos que exceden en más de la mitad a los costos de Colombia. En estas circunstancias, considera que es equitativo adjudicar a Glencore y Prodeco una suma de USD 1.000.000,00 en concepto de costos y gastos.

⁶³⁹ Este monto incluye la suma de 31.739.830 pesos colombianos en concepto de costos del personal de la ANDJE que participó del procedimiento. Esta suma equivale a USD 8.714,06.

IX. PARTE DISPOSITIVA

424. Por las razones expuestas *supra*, el Comité decide lo siguiente:

- (1) la Solicitud de Anulación del Laudo de fecha 23 de diciembre de 2019 se rechaza en su totalidad. De conformidad con la Regla de Arbitraje CIADI 54(3), la suspensión de la ejecución del Laudo termina automáticamente con efecto a partir de la fecha de la presente Decisión;
- (2) Colombia sufragará la totalidad de los costos del procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los Miembros del Comité y de la Asistente, por la suma de USD 272.584,51;
- (3) Colombia, dentro del plazo de sesenta días desde la fecha de envío de esta Decisión, pagará a Glencore y Prodeco la suma de USD 1.000.000,00 en concepto de costos de representación y gastos de estas últimas.

[firmado]

Profesor Doug Jones
Miembro del Comité

Sra. Bertha Cooper-Rousseau
Miembro del Comité

Fecha: 18 de septiembre de 2021

Fecha:

Sir Christopher Greenwood
Presidente del Comité

Fecha:

[firmado]

Profesor Doug Jones
Miembro del Comité

Sra. Bertha Cooper-Rousseau
Miembro del Comité

Fecha:

Fecha: 21 de septiembre de 2021

Sir Christopher Greenwood
Presidente del Comité

Fecha:

Profesor Doug Jones
Miembro del Comité

Sra. Bertha Cooper-Rousseau
Miembro del Comité

Fecha:

Fecha:

[firmado]

Sir Christopher Greenwood
Presidente del Comité

Fecha: 21 de septiembre de 2021