

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Caso CIADI No. ARB/19/34

AMEC FOSTER WHEELER USA CORPORATION, PROCESS
CONSULTANTS, INC., Y JOINT VENTURE FOSTER WHEELER USA
CORPORATION AND PROCESS CONSULTANTS, INC.

Demandantes

c.

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Demandado

RÉPLICA SOBRE OBJECIONES PRELIMINARES

Abogados del Demandado



Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado



Ana María Ordoñez Puentes
Elizabeth Prado López
Giovanny Vega Barbosa

Claudia Frutos-Peterson
Elisa Botero
Fernando Tupa
Juan Jorge
Maria Paulina Santacruz

*Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado*

*Curtis, Mallet-Prevost, Colt &
Mosle LLP*

13 de diciembre de 2021

ÍNDICE

Página #

INTRODUCCIÓN	1
AMPLIACIÓN DE ANTECEDENTES FÁCTICOS	13
A. Los Demandantes No Disputan que el Contrato de Servicios Es un Contrato Comercial de Prestación de Servicios Cuya Estructura de Remuneración [REDACTED]	14
B. Los Demandantes Han Presentado Tres Acciones de Tutela Alegando Violaciones al Debido Proceso en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.....	15
C. La Sala Fiscal y Sancionatoria de la CGR Confirma el Fallo con Responsabilidad Fiscal.....	17
D. El Fallo con Responsabilidad Fiscal Está Pendiente de Control Judicial	24
E. El Monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal se Ha Reducido por Pago.....	30
F. La CGR Inició la Etapa de Cobro Persuasivo del Fallo con Responsabilidad Fiscal.....	31
G. [REDACTED]	37
H. [REDACTED]	38
OBJECIÓN PRELIMINAR BAJO EL ARTÍCULO 10.20.4 DEL TRATADO	47
I. No Puede Dictarse un Laudo Favorable para los Demandantes Porque No se Cumplen los Presupuestos del Artículo 10.16.1 del Tratado	49
A. No Existe una Violación que Pueda Dar Lugar a una Reclamación Bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado	52
(1) No Pudo Haber Existido Ninguna Violación de una Obligación Sustantiva del Tratado en Este Caso.....	53
a. La Reclamación de los Demandantes Es Prematura Porque no Existe una Medida Susceptible de Constituir una Violación de una Obligación Sustantiva del Tratado	53

b.	Los Demandantes No Han Establecido una Violación <i>Prima Facie</i> de Ninguna de las Obligaciones Sustantivas del Tratado.....	64
(i)	Los Demandantes No Han Establecido una Violación <i>Prima Facie</i> del Trato Justo y Equitativo	65
(ii)	Los Demandantes No Han Establecido una Expropiación <i>Prima Facie</i>	94
(iii)	Los Demandantes No Han Establecido una Violación <i>Prima Facie</i> del Trato Nacional	99
(iv)	Los Demandantes No Han Establecido una Violación <i>Prima Facie</i> del Trato de Nación Más Favorecida .	104
(2)	No Pudo Haber Existido una Violación de un Acuerdo de Inversión	117
B.	No Pudo Haber Existido Ninguna Pérdida o Daño en Virtud de Alguna Violación de las Obligaciones Sustantivas del Tratado o de un Acuerdo de Inversión.....	124
(1)	Los Demandantes No Han Probado que Han Sufrido un Daño Reputacional, e Incluso si Lograran Probarlo, Dicho Daño Es el Resultado de sus Propias Conductas, No de los Actos de Colombia	132
(2)	Los Gastos Legales Incurridos por los Demandantes en su Defensa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal No Constituyen “Pérdidas o Daños” Bajo el Artículo 10.16.1	133
II.	Las Pretensiones que Solicitan los Demandantes Están por Fuera de las Facultades del Tribunal Conforme al Artículo 10.26 del Tratado.....	137
A.	El Tribunal No se Encuentra Facultado Para Otorgar Daños Morales, Ya Sea que Estos Sean Considerados Daños No Pecuniarios o Daños Punitivos.....	138
B.	El Tribunal Tampoco se Encuentra Facultado Para Otorgar Órdenes No Pecuniarias o <i>Injunctions</i> , Como los Propios Demandantes Parecen Reconocer	142
C.	El Tribunal No Puede Otorgar un Laudo Compensatorio Debido a que No se Encuentra Facultado Para Resarcir Daños Hipotéticos Ni Para Emitir Laudos Declarativos	144
	OBJECIONES A LA COMPETENCIA	148
I.	El Contratos de Servicios No Califica Como una Inversión Cubierta Bajo el Tratado y el Convenio CIADI.....	150
II.	El Demandante FPJVC Es un <i>Joint Venture</i> Contractual que No Califica Como una “Persona Jurídica” Bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI....	162

III. Los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants No Enviaron sus Notificaciones de Intención Como Requiere el Tratado.....	172
IV. Al Alegar una Violación de Trato Justo y Equitativo del Tratado Ante los Tribunales Colombianos, los Demandantes Han Elegido Definitivamente esa Vía	177
V. La Renuncia Formal y Sustancial Efectuada por los Demandantes Es Inválida e Inefectiva.....	182
CONCLUSIÓN	190
RESERVA DE DERECHOS.....	191

INTRODUCCIÓN

1. La República de Colombia (“Colombia” o el “Demandado”) presenta esta Réplica sobre Objeciones Preliminares (“Réplica”) en respuesta al Memorial de Contestación sobre Objeciones Preliminares presentado por Amec Foster Wheeler USA Corporation (“Foster Wheeler”), Process Consultants, Inc. (“Process Consultants”) y el Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation and Process Consultants, Inc. (“FPJVC”) (conjuntamente, los “Demandantes”) el 14 de octubre de 2021 (“Memorial de Contestación”), de conformidad con la Resolución Procesal No. 1 del 18 de marzo de 2021 y el calendario procesal revisado de fecha 1 de abril de 2021.¹

2. En su Memorial sobre Objeciones Preliminares (el “Memorial”), Colombia presentó una objeción preliminar consistente en que, como cuestión de derecho, la reclamación de los Demandantes no es una reclamación respecto de la cual se pueda dictar un laudo a su favor. Adicionalmente, Colombia presentó cinco objeciones a la competencia de este Tribunal para que sean resueltas como cuestión preliminar. El Memorial de Contestación presentado por los Demandantes no brinda respuestas o explicaciones sustentadas, ni mucho menos convincentes, para refutar esas objeciones preliminares. De hecho, confirma que la reclamación que los Demandantes han

¹ Las referencias en la forma de “**Ap. R-**” y “**Ap. RL-**” son a los apéndices documentales y autoridades legales, respectivamente, presentadas por el Demandado en este Arbitraje; mientras que aquellas en la forma de “**Ap. C-**” y “**Ap. CL-**” son a los apéndices documentales y autoridades legales, respectivamente, presentadas por los Demandantes en este Arbitraje. Las referencias en forma de “**CWS-**” se refieren a las declaraciones testimoniales presentadas por los Demandantes en este Arbitraje. En esta Réplica se utilizan los mismos términos que fueron definidos en el Memorial, así como la siguiente notación: punto (“.”) para separar los miles, coma (“,”) para separar los decimales, “US\$” para referirse a dólares de los EE.UU. y “COP\$” para referirse a pesos colombianos.

efectuado debe ser desechada y que el Tribunal no tiene competencia para conocer este caso.

3. Como resulta evidente de la simple lectura del Memorial de Contestación, la reclamación presentada por los Demandantes es a todas luces prematura, y sus creativos y rebuscados argumentos no logran ocultar esa realidad. Más allá de que la admisibilidad de la reclamación de los Demandantes y la competencia de este Tribunal deben analizarse al momento del inicio de este Arbitraje (cuando todavía ni siquiera existía un acto administrativo definitivo),² incluso ahora que el Fallo con Responsabilidad Fiscal emitido por la Controlaría General de la República (“CGR”) se encuentra firme a nivel administrativo (aunque todavía sujeto a numerosos recursos judiciales), no existe ninguna violación *prima facie* de las obligaciones del Capítulo de Inversión (el “Tratado”) del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América (el “APC Colombia-EE.UU.”) o de un “acuerdo de inversión”, ni mucho menos una pérdida o daño de carácter pecuniario que haya sido incurrido por los Demandantes y que pueda ser resarcido por este Tribunal.

4. Es indudable que los Demandantes comenzaron el presente Arbitraje a la espera de que la CGR emitiera un fallo en el Proceso de Responsabilidad Fiscal,³ antes de que existiera cualquier tipo de decisión final en ese procedimiento administrativo, y mucho antes de que las cortes colombianas de la jurisdicción contencioso administrativa hayan tenido oportunidad de conocer sobre el asunto y pronunciarse. Pero un arbitraje de inversión – y sobre todo una reclamación bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado, que

² Ver Memorial, n. 355; ¶¶ 85-88, *infra*.

³ El carácter preventivo de este Arbitraje ha sido reconocido por los propios Demandantes durante el trámite de su Solicitud de Medidas Provisionales y Medidas Temporales de Emergencia, 2 de septiembre de 2021 (“Solicitud de Medidas Provisionales”). Ver ¶¶ 200-202, *infra*.

exige condiciones muy específicas para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje –, no puede iniciarse de manera preventiva, a la espera de una decisión futura que pueda ser desfavorable, cuando todavía no existe ninguna medida susceptible de configurar una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado ni mucho menos una pérdida o daño en virtud o como resultado de esa supuesta violación.⁴ Si no existía una reclamación válida conforme al Artículo 10.16.1 del Tratado al momento de iniciarse este procedimiento arbitral, cualquier decisión o daño posterior no logra subsanar esa deficiencia de origen, y la reclamación de los Demandantes debe ser desestimada.

5. Su intempestiva e injustificada Solicitud de Medidas Provisionales (sin ningún tipo de necesidad ni urgencia, y que afectó seriamente el tiempo de preparación de esta Réplica), así como las formas de reparación que buscan en este Arbitraje (*i.e.*, un laudo compensatorio equivalente al monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal y una orden no pecuniaria que impida cualquier intento de la CGR u otro órgano de Colombia de embargar cualquier activo de los Demandantes en Colombia o en cualquier otro lugar) dejan al descubierto la verdadera intención de los Demandantes al iniciar prematuramente este procedimiento arbitral: intentar interrumpir el curso del Proceso con Responsabilidad Fiscal y – ahora que existe un Fallo con Responsabilidad Fiscal – frenar su ejecución para evitar un perjuicio o daño, y no resarcir un perjuicio o daño ya materializado.

6. La posición de los Demandantes en este Arbitraje presenta notorias contradicciones que sólo refuerzan la improcedencia de su reclamación. Por un lado, los

⁴ **Ap. RL-1**, Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 22 de noviembre de 2006 y en vigor desde el 15 de mayo de 2012, Capítulo 10 (el “Tratado”), Artículo 10.16.1; ¶¶ 92-109, 190-215, *infra*.

Demandantes argumentaron en su Notificación de Arbitraje que sufrieron un daño, pero luego al presentar su Solicitud de Medidas Provisionales han argumentado que requerían en forma urgente el otorgamiento de una medida provisional para evitar ese daño.⁵ Por otra parte, los Demandantes solicitaron en su Notificación de Arbitraje un laudo compensatorio equivalente al monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, pero ahora argumentan que las consecuencias de la eventual ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal se encuentran fuera del alcance de la competencia de este Tribunal.⁶ Estas posiciones cambiantes y contradictorias, que resultan imposibles de conciliar, son un fiel reflejo del modo en que los Demandantes han litigado este caso: ajustando y recalculando sus posiciones constantemente para buscar escapar a la innegable realidad que su reclamación es prematura, improcedente, y que este Tribunal carece de competencia para conocerla.

7. La ausencia de un perjuicio o daño cierto en este caso es particularmente alarmante. Pese a tratarse de un requisito indispensable para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado, los Demandantes no han sido capaces de identificar ningún daño pecuniario cierto que hayan sufrido a la fecha. El Fallo con Responsabilidad Fiscal, que establece la responsabilidad solidaria de catorce personas naturales y jurídicas, colombianas y extranjeras, puede aún ser impugnado judicialmente. Los Demandantes no han efectuado pago alguno (ya sea voluntario o forzado) en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y ninguno de

⁵ Notificación de Arbitraje, 6 de diciembre de 2019 (“Notificación de Arbitraje”), ¶ 206. *Comparar*, Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 126, 131, 146, 149.

⁶ Notificación de Arbitraje, ¶ 216. *Comparar*, Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales 4 de noviembre de 2021 (“Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales”), p. 107; n. 403, *infra*.

sus activos ha sido embargado, ni mucho menos rematado. Esto por sí sólo debería llevar al rechazo de su reclamación.

8. A sabiendas de que no han sufrido perjuicio alguno, los Demandantes creen que pueden salvar su caso y satisfacer el requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado alegando que han sufrido daños reputacionales derivados de su involucramiento en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. Más allá de que no han ofrecido prueba alguna de esos supuestos daños a su reputación, cualquier daño reputacional que hayan sufrido es consecuencia no de las supuestas acciones violatorias de Colombia, sino de sus propios actos.⁷ [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].⁸

9. Buscando distraer la atención del Tribunal ante la ausencia de un daño derivado de las supuestas violaciones de Colombia, en reiteradas ocasiones los Demandantes confunden el requisito de existencia de un daño cierto al momento del sometimiento de la reclamación a arbitraje (que resulta imprescindible para la admisibilidad de su reclamación bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado), con la posibilidad de que se consideren daños sufridos con posterioridad en el cálculo de una eventual compensación – que es una cuestión diferente e irrelevante para la admisibilidad de la reclamación.⁹ Los Demandantes también tratan de ridiculizar la posición de Colombia,

⁷ Ver ¶¶ 204-207, *infra*.

⁸ Ver ¶¶ 67-77, *infra*.

⁹ Ver ¶¶ 195-197, *infra*.

insinuando que su postura es que los Demandantes podrían iniciar una reclamación únicamente [REDACTED].¹⁰ Más allá de que esa no ha sido la posición de Colombia, el Tratado es claro y directo respecto a la necesidad de cumplir con este requisito imprescindible al momento de someter una disputa a Arbitraje: se requiere de la existencia de un perjuicio o daño que sea el resultado de una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión. Si no existe ese perjuicio o daño pecuniario cierto, no se puede someter válidamente una reclamación a arbitraje bajo el Tratado.

10. Increíblemente, los Demandantes no se conforman con buscar prevenir un supuesto daño y van más allá: piden al Tribunal que emita un laudo compensatorio equivalente al monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, es decir, un laudo a su favor por cerca de US\$ 900 millones. Independientemente del hecho que el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar esa forma de reparación conforme al Tratado,¹¹ otorgarle a los Demandantes la compensación que pretenden resultaría en un verdadero enriquecimiento sin causa. Los Demandantes no han pagado monto alguno (en forma voluntaria o forzada) del Fallo con Responsabilidad Fiscal, y posiblemente nunca tengan que pagar monto alguno – ya que el Fallo con Responsabilidad Fiscal establece una responsabilidad solidaria, y los Demandantes carecen de activos en Colombia susceptibles de ser embargados y ejecutados para satisfacer ese fallo. Lo que los Demandantes abusivamente pretenden en este Arbitraje no es el resarcimiento de un daño cierto, sino la obtención de una ganancia extraordinaria.

¹⁰ Memorial de Contestación, ¶ 132.

¹¹ Ver ¶¶ 228-232, *infra*.

11. Llama la atención que los Demandantes hayan decidido no presentar en su Memorial de Contestación una respuesta a los antecedentes fácticos que resultan relevantes a las objeciones preliminares, expuestos en forma detallada por Colombia en su Memorial. Respecto de algunas cuestiones fácticas, remiten a su Solicitud de Medidas Provisionales (que es en verdad un memorial disfrazado sobre el fondo), pero con respecto a otras cuestiones de hecho relevantes han optado sorprendentemente por el silencio.¹² Por ejemplo, los Demandantes no analizan en ningún lado los términos del Contrato de Servicios pese a la incuestionable relevancia que tienen para resolver la objeción de falta de competencia *ratione materiae* de este Tribunal. La única conclusión posible es que esos hechos son incontrovertidos.¹³

12. De igual modo, en cuanto a las numerosas cuestiones jurídicas que resultan relevantes para la resolución de las objeciones preliminares presentadas en este

¹² Los Demandantes argumentan que Colombia se involucró en una discusión sobre los hechos que es inapropiada para este momento procesal. Memorial de Contestación, n. 13. Este argumento resulta bastante irónico porque los propios Demandantes no tuvieron ningún problema en exponer en forma completa todas sus alegaciones fácticas sobre el fondo de este asunto (incluso acompañando cuatro declaraciones testimoniales) cuando decidieron intempestivamente presentar su Solicitud de Medidas Provisionales. De todos modos, en su Memorial, Colombia se limitó a abordar solo aquellos hechos que resultan relevantes para resolver las objeciones preliminares que el Tribunal decidirá como cuestión previa. Cabe recordar que, si bien respecto a la objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado deben asumirse como ciertos los alegatos de hecho narrados por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje, nada impide que estos hechos sean complementados para tener un panorama completo del escenario fáctico relevante a esas objeciones. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.20.4(c); n. 148, *infra*. Con respecto a las demás objeciones a la competencia, el Tribunal no tiene por qué tomar como ciertos los alegatos fácticos de los Demandantes. Todas las cuestiones fácticas relevantes deben ser discutidas, teniendo los Demandantes la carga de probar todos los hechos sobre los que se basa la competencia de este Tribunal. Ver ¶ 238, *infra*.

¹³ En reiteradas ocasiones, en su Memorial de Contestación, los Demandantes mezclan alegatos de hecho con alegatos jurídicos (a veces, disfrazados como alegatos de hecho), hacen referencia a conclusiones que no se encuentran respaldadas por alegatos de hecho y complementan los hechos narrados en su Notificación de Arbitraje. Cabe recordar que, a los efectos de analizar una objeción preliminar bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado, un tribunal solo debe asumir como ciertos los alegatos de hecho presentados en la notificación de arbitraje, y no así los alegatos jurídicos, las conclusiones sin respaldo, ni tampoco los alegatos de hecho que no fueron expuestos en la Notificación de Arbitraje. Ver ¶ 79, *infra*. Asimismo, también cabe reiterar que esa asunción de los alegatos de hecho como ciertos no resulta aplicable a las objeciones a la competencia que se plantean como cuestión preliminar, ya que los Demandantes tienen la carga de probar todos los hechos sobre los que se basa la competencia de este Tribunal. Ver ¶ 238, *infra*.

caso, los Demandantes han decidido contestar selectivamente solo ciertas de ellas – y han tratado de distinguir únicamente algunas de la gran cantidad de autoridades legales citadas en respaldo a esas objeciones –, optando por ignorar el resto. En particular, resulta particularmente llamativo que los Demandantes guarden absoluto silencio con respecto a la objeción según la cual este Tribunal no se encuentra facultado bajo el Artículo 10.26 del Tratado para otorgar las órdenes no pecuniarias o *injuncti*ons que solicitan, implícitamente concediendo el punto.¹⁴ Es evidente que a los Demandantes les gustaría directamente tratar el fondo de este asunto, pero desafortunadamente para ellos, existen serias objeciones preliminares que deben resolverse en forma previa, y que constituyen un escollo insalvable para su caso.

13. Un análisis pormenorizado del Memorial de Contestación también revela que los Demandantes han tenido que recurrir a una serie de argumentos rebuscados e indefendibles, a distorsiones de autoridades legales y del derecho internacional, y a interpretaciones insostenibles de las disposiciones del Tratado – que no se condicen con principios básicos de interpretación – en su intento de tratar de justificar sus infundadas posiciones.¹⁵ La extensión de esta Réplica es, por lo tanto, consecuencia de la forma en

¹⁴ Ver ¶¶ 225-227, *infra*.

¹⁵ Es frecuente encontrar en el Memorial de Contestación de los Demandantes afirmaciones que no se encuentran respaldadas, o referencias a casos sin proporcionar las citas pertinentes, o citas a autoridades legales que no respaldan las afirmaciones efectuadas. Además, en reiteradas ocasiones, los Demandantes critican las interpretaciones o posiciones de Colombia pese a que han sido las mismas posiciones que la firma de abogados que representa a los Demandantes ha adoptado en varios arbitrajes de inversión en los que defendían a un Estado (y que coinciden con las posiciones manifestadas por Estados Unidos – la otra Parte Contratante del Tratado – en sus presentaciones como parte no contendiente). Ver por ejemplo, ¶¶ 118, 134, 170, 276, *infra*. Ese doble estándar le resta credibilidad a las posiciones de los abogados de los Demandantes en este Arbitraje.

que los Demandantes han decidido abordar las objeciones preliminares presentadas por Colombia.¹⁶

14. A su vez, desde el mismísimo párrafo introductorio de su Memorial de Contestación, los Demandantes manifiestan su descontento con la abrumadora cantidad de presentaciones de parte no contendiente presentadas por Estados Unidos en arbitrajes de inversión que fueron citadas por Colombia en su Memorial, en donde se analiza el significado de las disposiciones y obligaciones de este Tratado o de otros tratados de inversiones virtualmente idénticos. Entendiblemente, los Demandantes tratan de restarle valor e importancia a esas presentaciones, argumentando que “las presentaciones de las partes y de las partes no contendientes tienen un valor objetable debido al incentivo evidente que supone para los Estados intentar limitar el alcance de los reclamos de inversión entablados en su contra”.¹⁷

15. Sin embargo, pese a que no sean del agrado de los Demandantes, las opiniones de las Partes Contratantes del Tratado – Estados Unidos y Colombia – tienen un valor fundamental a los fines de desentrañar cuáles eran sus intenciones al acordar ciertas obligaciones, y de determinar cómo deben interpretarse las disposiciones del

¹⁶ Colombia lamenta entrar en ciertas discusiones que serían más apropiadas para una etapa de méritos. Sin embargo, los Demandantes la han forzado a hacerlo con sus continuos argumentos de fondo que tiene la clara intención de hacer creer a este Tribunal que en este caso podría haber, *prima facie*, violaciones de obligaciones sustantivas del Tratado.

¹⁷ Memorial de Contestación, ¶ 1. Los Demandantes insinúan que las objeciones preliminares de Colombia se encuentran respaldadas, prácticamente de manera exclusiva, por presentaciones de parte no contendiente de los Estados Unidos en otros arbitrajes de inversión. *Id.* Sin embargo, más allá de la importante cantidad de presentaciones de los Estados Unidos como parte no contendiente que confirman las interpretaciones del Tratado que propugna el Demandado, lo cierto es que Colombia ha presentado otras 205 autoridades legales junto con su Memorial en respaldo de sus objeciones preliminares (a las que deben sumarse las que presenta junto con esta Réplica). Así, las objeciones preliminares presentadas por Colombia, y sus interpretaciones del Tratado, se encuentran ampliamente respaldadas por la doctrina y jurisprudencia arbitral – y confirmadas por las presentaciones de parte no contendiente de los Estados Unidos – la otra Parte Contratante del Tratado.

Tratado. Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior de las partes contratantes de un tratado son reconocidos como evidencia objetiva de su entendimiento sobre el significado de las disposiciones del tratado y, por lo tanto, se consideran medios auténticos de interpretación.¹⁸ Incluso podría decirse que tienen mayor valor probatorio para determinar el alcance y significado de las disposiciones y obligaciones del Tratado que decisiones de tribunales arbitrales que interpretan otros tratados – muchos de ellos con un lenguaje muy disímil al Tratado.¹⁹ Es lógico que los Demandantes no estén contentos

¹⁸ Ver **Ap. RL-53**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, celebrada el 23 de mayo de 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (“Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”), Artículo 31.3 (“Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado.”); **Ap. RL-267**, Comisión de Derecho Internacional, *Borrador de conclusiones sobre acuerdos posteriores y práctica posterior en relación con la interpretación del tratado, con comentarios*, 2(2) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2018), Conclusión No. 3 (“Los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior bajo el artículo 31, párrafo 3 (a) y (b), siendo evidencia objetiva del entendimiento de las partes sobre el significado del tratado, son medios auténticos de interpretación, en la aplicación de la regla general de interpretación de tratados en el artículo 31.”); Conclusión No. 3, ¶ 1 (“Al caracterizar los acuerdos ulteriores y la práctica ulterior bajo el artículo 31, párrafo 3 (a) y (b), de la Convención de Viena de 1969 como medios ‘auténticos’ de interpretación, la Comisión sigue su comentario de 1966 sobre el borrador de artículos sobre ley de los tratados, que describieron acuerdos ulteriores y la práctica ulterior bajo el artículo 1, párrafo 3 (a) y (b), como “medios auténticos de interpretación” y que resaltaron que: La importancia de tal práctica ulterior en la interpretación del tratado, como un elemento de interpretación, es obvia, porque constituye una evidencia objetiva del entendimiento de las partes sobre el significado del Tratado.”); Conclusión No. 4, ¶ 18 (“La práctica ulterior prevista en el apartado b) del párrafo 3 del artículo 31 [de la CVDT] debe ser realizada ‘en la aplicación del tratado’. Esto incluye no sólo los actos oficiales a nivel internacional o interno que sirven para aplicar el tratado, . . . sino también, entre otras cosas, . . . las declaraciones [de los Estados] en el curso de un litigio o las sentencias de los tribunales nacionales.”) (traducción del inglés, énfasis añadido).

¹⁹ Varios tribunales arbitrales internacionales han destacado el peso considerable que debe otorgarse a la práctica ulterior seguida en la interpretación de un tratado, y en particular, a las presentaciones de partes no contendientes de las partes contratantes del tratado en cuestión. Ver **Ap. RL-268**, *Mobil Investments Canada Inc. c. Canadá (II)*, Caso CIADI No. ARB/15/6, Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 13 de julio de 2018, ¶ 158 (“De acuerdo con el principio consagrado en el artículo 31.3.b) de la [CVDT], la práctica ulterior de las partes en un tratado, si establece el acuerdo de las partes en cuanto a la interpretación del tratado, tiene derecho a recibir un peso considerable”) (traducción del inglés); **Ap. RL-176**, *Daniel W. Kappes y Kappes, Cassidy & Associates c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/18/43 (DR-CAFTA), Decisión sobre las Objeciones Preliminares del Demandado, 13 de marzo de 2020 (“Kappes”), ¶ 156 (“El artículo 31(3) de la CVDT permite considerar ‘toda práctica ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones,’ y la demostración de que todos los Estados Partes en un tratado determinado habían expresado un entendimiento común, aunque mediante comunicaciones separadas en casos distintos, podría ser una prueba convincente de la práctica ulterior.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-269**, *Casos relacionados con el cierre de la frontera debido a*

con las presentaciones de parte no contendiente de los Estados Unidos, considerando que tales presentaciones apoyan de manera unánime todas las posiciones que ha mantenido Colombia en este Arbitraje.²⁰

16. Según quedará probado a lo largo de esta Réplica, la reclamación presentada por los Demandantes debe ser desestimada debido a que no es una reclamación respecto de la cual, como cuestión de derecho, se pueda dictar un laudo favorable para ellos.²¹ Los Demandantes no cumplieron con los requisitos previstos en

preocupaciones por la BSE (The Canadian Cattlemen for Fair Trade) c. Estados Unidos de América, CNUDMI (TLCAN) Laudo sobre Jurisdicción, 28 de enero de 2008, ¶¶ 182-183, 188-189 (“[L]as pruebas disponibles citadas por la Demandada [que incluían presentaciones realizadas por los Estados Parte del TLCAN en otros arbitrajes] nos demuestran que existe . . . una ‘práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado que establece el acuerdo de las partes en cuanto a su aplicación’ . . . El Tribunal opina que se trata de una ‘práctica ulterior’ en el sentido del artículo 31(3) (b) [de la CVDT] [sic.]. Y esta ‘práctica ulterior’ confirma la interpretación del Tribunal del significado ordinario del Artículo 1101(1)(a) del TLCAN, como se expuso anteriormente.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-270**, *William Ralph Clayton, y otros c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo por Daños, 10 de enero de 2019, ¶ 379 (“[L]a práctica constante de las Partes del TLCAN en sus presentaciones ante los tribunales del Capítulo Once de hacer una clara distinción entre la aplicación del Artículo 1116 y el Artículo 1117 puede tenerse en cuenta al interpretar las disposiciones del TLCAN. Por lo tanto, la práctica posterior de las Partes del TLCAN favorece la adopción de la posición del Demandado sobre esta cuestión.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-271**, Tarcisio Gazzini, *INTERPRETATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES* (Hart Publishing 2016), p. 194 (“Los miembros del TLCAN han alegado regular y consistentemente que sus posiciones concordantes en una interpretación del tratado en particular, por medio de presentaciones de partes no contendientes, constituye un acuerdo ulterior a los efectos del Artículo 31(3)(a).”) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-223**, *Commerce Group Corp. y San Sebastian Gold Mines, Inc. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/17 (DR-CAFTA), Laudo, 14 de marzo de 2011 (“*Commerce Group*”), ¶¶ 81-82; **Ap. RL-272**, *Bayview Irrigation District y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/1 (TLCAN), Laudo, 19 de junio de 2007, ¶ 107; **Ap. RL-39**, *United Parcel Service of America, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/02/1 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción, 22 de noviembre de 2002 (“*UPS*”), ¶¶ 59, 69.

²⁰ Esa no fue la posición defendida por la firma de abogados que representa a los Demandantes cuando representó a un Estado en un arbitraje de inversión. En efecto, en el caso *Legacy c. México*, Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP destacó que las presentaciones como parte no contendiente evidenciaban la “práctica subsecuente” de los Estados parte, por lo que debían tenerse en cuenta a fines interpretativos. Ver **Ap. RL-273**, *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/19/1 (TLCAN), Memorial de Contestación del Demandado, 23 de noviembre de 2020 (“*Legacy Memorial de Contestación*”), ¶ 425 (“Mientras que a través de alegatos y presentaciones del Artículo 1128, las partes del TLCAN se han resistido sistemáticamente al uso de la cláusula NMF para tomar prestados estándares de trato de tratados de terceros. Dichos alegatos y comunicaciones concordantes evidencian la ‘práctica subsecuente’, la cual debe tomarse en cuenta conforme a las reglas ordinarias de interpretación de los tratados”).

²¹ Ver ¶¶ 78-82, *infra*.

el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación a Arbitraje conforme al Tratado,²² y la reparación que pretenden está por fuera de las facultades de este Tribunal conforme al Artículo 10.26 del Tratado.²³

17. El Tribunal, además, (I) carece de competencia *ratione materiae* porque los Demandantes no poseen una inversión protegida ni bajo el Tratado ni bajo el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio CIADI”),²⁴ ya que el contrato de prestación de servicios que suscribieron no representó ningún riesgo de inversión;²⁵ (II) carece de competencia *ratione personae* sobre FPJVC porque dicho Demandante no califica como una persona jurídica bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI;²⁶ (III) carece de competencia *ratione voluntatis* con respecto a Foster Wheeler y Process Consultants porque dichos Demandantes no presentaron una notificación de intención conforme lo requiere el Artículo 10.16.2 del Tratado;²⁷ (IV) carece de competencia *ratione voluntatis* respecto a la reclamación por violación de la obligación de trato justo y equitativo (“TJE”) porque Foster Wheeler y Process Consultants presentaron alegaciones en ese mismo sentido ante los tribunales colombianos, y conforme al Anexo 10-G del Tratado esa elección de

²² Ver ¶¶ 83-89, *infra*.

²³ Ver ¶ 216, *infra*.

²⁴ Los Demandantes oscilan sus argumentos sobre la competencia del Tribunal, por momentos respaldándose en el Convenio CIADI y otras veces en el Tratado, según su conveniencia. Pero la realidad es que, a los efectos de que un Tribunal constituido bajo el Tratado y el Convenio CIADI pueda tener competencia sobre este caso, deben cumplirse los requisitos jurisdiccionales establecidos tanto por el Tratado como por el Convenio CIADI (lo que se conoce como “*double keyhole approach*”). Ver ¶¶ 249-250, n. 457, *infra*.

²⁵ Ver ¶¶ 239-254, *infra*.

²⁶ Ver ¶¶ 255-268, *infra*.

²⁷ Ver ¶¶ 269-277, *infra*.

vía es definitiva;²⁸ y (V) carece de competencia *ratione voluntatis* porque los Demandantes no presentaron una renuncia válida y efectiva en los términos del Artículo 10.18.2(b) del Tratado.²⁹

18. Dada la naturaleza prematura y la evidente improcedencia de esta reclamación, sumada a la clara falta de competencia del Tribunal para conocer este caso, Colombia solicita que se condene a los Demandantes al pago de la totalidad de los costos y gastos de este Arbitraje, incluidos los honorarios profesionales de sus abogados, junto con los intereses correspondientes.

AMPLIACIÓN DE ANTECEDENTES FÁCTICOS

19. Los Demandantes no incluyeron una sección de hechos en su Memorial de Contestación, sino que remitieron a la sección de hechos de su Solicitud de Medidas Provisionales.³⁰ En esa narrativa fáctica, los Demandantes continúan ahondando sobre hechos que, además de falsos, son absolutamente irrelevantes para decidir sobre las objeciones preliminares planteadas por Colombia. Fieles a su estilo, los Demandantes continúan desafiando la orden del tribunal de posponer cualquier decisión sobre el fondo de la disputa para atender como cuestión previa las objeciones preliminares del Demandado.

20. Tal y como lo hizo en su Memorial, a continuación, Colombia ampliará los hechos de la controversia necesarios para contextualizar sus objeciones preliminares.³¹

²⁸ Ver ¶¶ 278-286, *infra*.

²⁹ Ver ¶¶ 287-299, *infra*.

³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 8.

³¹ Memorial, ¶¶ 14-163.

A. Los Demandantes No Disputan que el Contrato de Servicios Es un Contrato Comercial de Prestación de Servicios Cuya Estructura de Remuneración

21. Los Demandantes afirman en múltiples oportunidades que Reficar modificó los términos del Contrato de Servicios para reducir la responsabilidad de FPJVC en el Proyecto.³² Según los Demandantes, ese rol reducido privaba a la CGR de competencia para iniciar el Proceso de Responsabilidad Fiscal en su contra.³³ Sin embargo, esa discusión es irrelevante a estas alturas porque ninguna de las objeciones preliminares de Colombia depende, para su aceptación o rechazo, de establecer cuál era el alcance de las funciones de los Demandantes conforme al Contrato de Servicios.

22. Lo que sí es relevante en este momento procesal es que tanto los Demandantes como el Demandado coinciden en que el contrato celebrado entre FPJVC y Reficar es un contrato de prestación de servicios de consultoría cuya estructura de remuneración aseguraba a FPJVC la recuperación total de los recursos que destinaba a la prestación de los servicios y le garantizaba una rentabilidad independientemente del éxito o fracaso del Proyecto.³⁴

³² Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 4, 13, 35-38, 47, 57, 59.

³³ *Id.*, ¶ 35.

³⁴ Los Demandantes no cuestionan la estructura de remuneración del Contrato de Servicios presentada por el Demandado en su Memorial. Memorial, ¶¶ 33-53. Además, los Demandantes admiten que el objeto del Contrato de Servicios se limita a la prestación de servicios de consultoría. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 16 (aceptando que el Contrato de Servicios era “solamente para servicios de consultoría, no para la ingeniería, adquisición y construcción del Proyecto”), ¶ 57 (señalando que FPJVC actuaba “como un consultor que solo podía hacer ciertas sugerencias y recomendaciones relativas al Proyecto”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver Memorial, ¶¶ 24-32. Contrario a lo que afirman los Demandantes (Memorial de Contestación, ¶ 118), la explicación de Colombia acerca de la naturaleza y estructura de remuneración del Contrato de Servicios es relevante a fin de sustanciar su objeción de ausencia de una inversión protegida, y no su objeción bajo el Artículo 10.20.4 de ausencia de un daño que se fundamenta en otros hechos.

23. En consecuencia, como advirtió Colombia en su Memorial,³⁵ el Contrato de Servicios no constituye una “inversión” protegida bajo el Tratado o bajo el Convenio CIADI porque se trata de un simple contrato comercial que no implica ninguna clase de riesgo de inversión para los Demandantes.³⁶

B. Los Demandantes Han Presentado Tres Acciones de Tutela Alegando Violaciones al Debido Proceso en el Proceso de Responsabilidad Fiscal

24. El Demandado puso en conocimiento del Tribunal que Foster Wheeler y Process Consultants han presentado tres acciones de tutela contra la CGR alegando la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y a la contradicción en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal.³⁷ Como ya lo explicó Colombia en su Memorial, la acción de tutela es una acción de carácter subsidiario y residual que procede cuando un derecho fundamental ha sido amenazado o vulnerado por una autoridad y el accionante no dispone de otro medio de defensa judicial.³⁸

25. En la primera acción de tutela (“Acción de Tutela 2018”), los Demandantes presentaron esencialmente los mismos argumentos formulados en este Arbitraje y también alegaron la violación del debido proceso como parte de la obligación de TJE bajo el Tratado.³⁹ Esta tutela fue negada en primera y segunda instancia porque los

³⁵ Memorial, ¶¶ 5, 22, 281-298.

³⁶ Ver ¶¶ 239-254, *infra*.

³⁷ Memorial, ¶¶ 136-138, nn. 327, 345.

³⁸ *Id.*, n. 283.

³⁹ *Id.*, ¶¶ 136, 324-327. Ver **Ap. R-69**, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 14 de septiembre de 2018 (“Acción de Tutela 2018”). Los Demandantes aseguran que las partes de la Acción de Tutela 2018 eran diferentes a las partes de este Arbitraje. Memorial de Contestación, ¶ 192. Eso es falso. Las partes de la Acción de Tutela 2018 eran Foster Wheeler y Process Consultants y “La Nación – Contraloría General de la República” (énfasis añadido). **Ap. R-69**,

Demandantes no acreditaron un riesgo de perjuicio irremediable ni la falta de idoneidad de los mecanismos existentes en el ordenamiento colombiano para presentar sus reclamaciones.⁴⁰

26. En la segunda acción de tutela (“Acción de Tutela 2021-A”), los Demandantes se opusieron al trámite de dos informes técnicos relacionados con la cuantificación del daño patrimonial y decretados por la CGR durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁴¹ Esta tutela fue negada en primera y segunda instancia porque, según los jueces de tutela, la jurisdicción contencioso administrativa permite a los Demandantes presentar sus alegaciones y suspender provisionalmente los actos administrativos que consideran violatorios de sus derechos.⁴²

27. En la tercera acción de tutela (“Acción de Tutela 2021-B”), los Demandantes solicitaron se inaplicara el término de cinco días previsto en la ley para la presentación de recursos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, y se otorgara en

Acción de Tutela 2018, p. 1. También es falso, como afirman que el objeto de la Acción de Tutela 2018 sea diferente al de este Arbitraje. Memorial de Contestación, ¶ 191. En términos generales, con la Acción de Tutela 2018 los Demandantes pretendían: (i) que se declarara la violación de su derecho al debido proceso; y (ii) que el Proceso de Responsabilidad Fiscal fuera terminado o, en su defecto, suspendido para Foster Wheeler y Process Consultants con el fin de evitar un supuesto perjuicio irremediable. **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, 39-48.

⁴⁰ Memorial, ¶¶ 137-138. Ver **Ap. R-70**, Juzgado 26 Penal del Circuito de Bogotá, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 3 de octubre de 2018; **Ap. R-68**, Tribunal Superior de Bogotá – Sala Penal, Acción de Tutela No. 2018-00182 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 21 de noviembre de 2018.

⁴¹ Memorial, n. 327. Ver **Ap. R-84**, Acción de Tutela No. 2021-00138 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 23 de abril de 2021 (“Acción de Tutela 2021-A”).

⁴² Memorial, n. 327. Ver **Ap. R-85**, Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, Acción de Tutela No. 2021-00138 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 10 de mayo de 2021; **Ap. R-100**, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil de Decisión, Acción de Tutela No. 2021-00138 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia, 1 de julio de 2021 (“Sentencia de Tutela de Segunda Instancia 2021-A”), pp. 7-8.

cambio un término de noventa (90) días para la presentación de tales recursos.⁴³ La Acción de Tutela 2021-B fue negada en primera instancia porque, según el Tribunal Administrativo de Cundinamarca: (i) el término legal de cinco días no constituye una violación a la Constitución de Colombia; (ii) Foster Wheeler y Process Consultants conocían los cargos desde la apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal; y, en todo caso, (iii) los Demandantes pueden presentar sus alegaciones ante las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa.⁴⁴ A la fecha de esta Réplica, la Acción de Tutela 2021-B está siendo revisada por el Consejo de Estado en segunda instancia.⁴⁵

C. La Sala Fiscal y Sancionatoria de la CGR Confirma el Fallo con Responsabilidad Fiscal

28. El 7 de mayo de 2021, Foster Wheeler y Process Consultants presentaron un recurso de apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal (“Recurso de Apelación”) ante la sala fiscal y sancionatoria de la CGR (“Sala Fiscal”).⁴⁶ Si bien los Demandantes argumentaron que el término de cinco días previsto en la ley para interponer ese recurso⁴⁷ constituía un “absurdo” y una violación a su derecho al debido

⁴³ Memorial, ¶ 159, n. 345. Ver **Ap. R-87**, Acción de Tutela No. 2021-00385 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, 28 de abril de 2021 (“Acción de Tutela 2021-B”).

⁴⁴ Memorial, n. 345. Ver **Ap. R-88**, Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta, Subsección B, Acción de Tutela No. 2021-00385 presentada por Foster Wheeler y Process Consultants contra CGR, Sentencia de Tutela de Primera Instancia, 14 de mayo de 2021, pp. 28-31.

⁴⁵ Los Demandantes afirman haber presentado esta acción de tutela ante el Consejo de Estado y que el Consejo de Estado la denegó. Ver Solicitud de Medidas Provisionales, n. 66. Esta afirmación es falsa. La Acción de Tutela 2021-B fue resuelta en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. A la fecha de esta Réplica, el Consejo de Estado no ha decidido sobre la Acción de Tutela 2021-B.

⁴⁶ Memorial, ¶ 159; **Ap. R-89**, Recurso de Apelación presentado por Foster Wheeler y Process Consultants contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, 7 de mayo de 2021 (“Recurso de Apelación”).

⁴⁷ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000, por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías, previa a las modificaciones del Decreto Ley 403 de 2020 (“Ley 610 de 2000 Previa”), Artículo 56 (“indicando que “[l]as providencias quedarán ejecutoriadas: 1. Cuando contra ellas no proceda ningún recurso. 2. Cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos. 3. Cuando los recursos interpuestos se hayan

proceso⁴⁸ (y presentaron la Acción de Tutela 2021-B buscando extenderlo),⁴⁹ no solo interpusieron el recurso de apelación oportunamente, sino que su recurso es sustancioso: consta de 233 páginas, incluye tres dictámenes periciales y desarrolla en detalle todos los reparos de los Demandantes frente al Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁵⁰ Con la presentación de la Acción de Tutela 2021-B y del recurso de apelación, los Demandantes violaron la renuncia a la que se refiere 10.18.2(b) del Tratado, privando al Tribunal de competencia sobre esta reclamación.⁵¹

29. El 6 de julio de 2021, la Sala Fiscal resolvió los recursos de apelación formulados por Foster Wheeler, Process Consultants y otros 16 responsables fiscales y terceros civilmente responsables contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal proferido por la Contraloría Delegada Intersectorial No. 15 (“Contraloría Delegada”).⁵² Los Demandantes señalan que la CGR negó su recurso de apelación de forma “sumaria”.⁵³ No es cierto. La Sala Fiscal resolvió los recursos de apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal en el término de 20 días hábiles que dispone la ley.⁵⁴

decidido”). (énfasis añadido). Los Demandantes equivocadamente afirman que la “CGR otorgó a FPJVC apenas cinco días para presentar su apelación y denegó la solicitud de FPJVC de otorgar un tiempo adicional”. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 5 (traducción del inglés). No fue la CGR quien fijó ese término, sino que está previsto en la misma ley. La CGR no tiene potestad alguna para cambiar a su arbitrio un término legal.

⁴⁸ Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 5, 72, 90, n. 3. Ver ¶ 27, *supra*.

⁴⁹ Ver ¶ 27, *supra*.

⁵⁰ **Ap. R-89**, Recurso de Apelación. Foster Wheeler y Process Consultants conocían los cargos del Proceso de Responsabilidad Fiscal mucho antes de la emisión del Fallo con Responsabilidad Fiscal. La CGR inició formalmente el Proceso de Responsabilidad Fiscal el 10 de marzo de 2017 e imputó cargos el 5 de junio de 2018 mediante el Auto de Imputación. Ver Memorial, ¶¶ 122-138.

⁵¹ Ver ¶¶ 287-299, *infra*.

⁵² Ver Memorial, ¶¶ 147-163.

⁵³ Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 152.

⁵⁴ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 57. Cabe aclarar que el término comenzó a correr el 3 de junio de 2021, cuando la Contraloría Delegada resolvió los recursos de reposición presentados por algunos

30. Dada su extensión,⁵⁵ hemos dividido el auto de la Sala Fiscal (el “Fallo de Segunda Instancia”) en cinco partes, numerando cada una como un apéndice documental separado según se indica a continuación:

Fallo de Segunda Instancia	Ref.
Parte 1: Datos generales, asunto y antecedentes I	R-101
Parte 2: Antecedentes II	R-102
Parte 3: Consideraciones I	R-103
Parte 4: Consideraciones II	R-104
Parte 5: Consideraciones III, conclusiones y resolutorio	R-105

31. Tras un análisis individualizado de cada uno de los recursos de apelación presentados contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, la Sala Fiscal confirmó la responsabilidad fiscal, solidaria y a título de culpa grave, de 12 personas naturales (directivos de Reficar, tanto nacionales como extranjeros, incluyendo al presidente de Ecopetrol para la época de los hechos), y cuatro personas jurídicas (contratistas, incluyendo a Foster Wheeler y Process Consultants) por el daño patrimonial derivado de los Controles de Cambios 2 y 3.⁵⁶ El Fallo de Segunda Instancia también confirmó la

responsables fiscales y decidió desvincular del proceso a la compañía de seguros Chubb de Colombia S.A. Foster Wheeler y Process Consultants no presentaron recurso de reposición en contra del Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ver **Ap. R-101**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 1: Datos generales, asunto y antecedentes I, p. 7; **Ap. R-102**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 2: Antecedentes II, pp. 125-137.

⁵⁵ Los Demandantes critican la extensión del Fallo de Segunda Instancia que, como bien indican, consta de un poco más de 2.100 páginas. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 5. El análisis individual de 17 recursos de apelación explica esa extensión. La respuesta específica al recurso de apelación presentado por Foster Wheeler y Process Consultants abarca 42 páginas. Ver **Ap. R-104**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 4: Consideraciones II, pp. 1194-1236.

⁵⁶ **Ap. R-105**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 5: Consideraciones III, conclusiones y resolutorio, pp. 2159-2161. El Demandado expuso en su Memorial que el daño patrimonial determinado por la

decisión de la Contraloría Delegada de no declarar ninguna clase de responsabilidad fiscal frente al Control de Cambios 4, al encontrar acreditada la ausencia de culpa grave en la conducta de las partes imputadas, así como el rompimiento del nexo causal con el daño patrimonial determinado por la Contraloría Delegada.⁵⁷ Además, el Fallo de Segunda instancia confirmó como terceros civilmente responsables a las compañías aseguradoras Confianza S.A., Liberty Seguros S.A., AXA Colpatria Seguros S.A.⁵⁸

32. En cuanto a Foster Wheeler y Process Consultants, la Sala Fiscal contestó uno a uno la totalidad de los argumentos formulados por los Demandantes contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁵⁹

33. Con relación a la conducta bajo análisis, la Sala Fiscal confirmó que la conducta de FPJVC contribuyó a la configuración del daño patrimonial al Estado.⁶⁰ La

Contraloría Delegada consistió en la pérdida de valor de las inversiones de recursos públicos en el Proyecto derivada de los Controles de Cambios 2 y 3. Memorial, ¶ 152.

⁵⁷ **Ap. R-103**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 3: Consideraciones I, pp. 1067-1076. Colombia explicó previamente que, según el Fallo con Responsabilidad Fiscal, el Control de Cambios 4 fue necesario para mitigar el impacto de una huelga de trabajadores que tuvo lugar en el año 2013. Memorial, n. 331.

⁵⁸ **Ap. R-105**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 5: Consideraciones III, conclusiones y resolutorio, p. 2160. La compañía de seguros Chubb de Colombia S.A. presentó un recurso de reposición ante la Contraloría Delegada. Dicha contraloría reconsideró su postura en el Fallo con Responsabilidad Fiscal y decidió desvincular del Proceso de Responsabilidad Fiscal a esa compañía de seguros. **Ap. R-103**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 3: Consideraciones I, pp. 1103-1106. Ver n. 54, *supra*.

⁵⁹ **Ap. R-104**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 4: Consideraciones II, pp. 1194-1236.

⁶⁰ Según los Demandantes, el Fallo con Responsabilidad Fiscal se contradice con la decisión de la Procuraduría General de la Nación (“PGN”) del 17 de enero de 2020 que supuestamente concluyó que FPJVC no tenía responsabilidad de toma de decisiones sobre recursos públicos. **Ap. R-106**, Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública, Auto No. DEHP 007, 17 de enero de 2020 (“Decisión de la PGN”) (los Demandantes presentaron una copia de la Decisión de la PGN como **Ap. C-8**, pero el Demandado vuelve a presentarla como Ap. R-106 con el fin de aportar la traducción al inglés de los apartes en los que se apoya). Para los Demandantes, de ello se sigue que FPJVC no podía ser considerado por la CGR como gestor fiscal ni sujeto de responsabilidad fiscal. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 19, 43, 54-59, 64, 71, 122. Este argumento de los Demandantes va al fondo de la disputa y, por lo tanto, el Demandado no lo abordará en esta etapa procesal. Sin embargo, como cuestión preliminar, vale la pena aclarar que la PGN no analizó ni se pronunció sobre el rol de FPJVC en el Proyecto, ni sobre su responsabilidad fiscal. Como los mismos Demandantes lo admiten, la PGN tiene competencia para investigar y sancionar disciplinariamente a quienes desempeñen funciones públicas. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 54; **Ap. RL-6**, Constitución Política de la República de Colombia, posterior al Acto

Sala Fiscal reconoció que los Demandantes no tenían a su cargo la gestión directa de los recursos públicos ni poder decisorio para aprobar los Controles de Cambios 2 y 3 – gestión y poder que correspondían a la junta directiva de Reficar.⁶¹ Sin embargo, la Sala Fiscal reiteró que las acciones y omisiones de FPJVC, como consultor de gerenciamiento del Proyecto, influyeron de manera necesaria en las decisiones de la junta directiva de Reficar que materializaron el daño patrimonial, guardando así una conexidad próxima y necesaria con la gestión fiscal directa de dicha junta.⁶²

Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019 (“Constitución Actual”), Artículo 277(6). La Decisión de la PGN concluye la investigación disciplinaria realizada por la PGN contra tres miembros de junta directiva y tres funcionarios de Reficar. FPJVC no fue objeto de dicha investigación disciplinaria. **Ap. R-106**, Decisión de la PGN, p. 1. Todas las menciones a dicho consorcio en la Decisión de la PGN son tangenciales y se enmarcan en el análisis de la conducta de los seis funcionarios de Reficar investigados disciplinariamente. La PGN no tiene competencia alguna para determinar quién es un gestor fiscal ni para investigar o declarar la existencia de responsabilidad fiscal, por lo que su decisión mal podría contradecirse con las decisiones de la CGR.

⁶¹ Ver por ejemplo, **Ap. R-104**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 4: Consideraciones II, p. 1206 (señalando que “[Foster Wheeler y Process Consultants] no tenían la facultad de decidir de forma determinante y efectiva en la aprobación de mayores inversiones atribuida a la junta directiva de Reficar”).

⁶² Ver por ejemplo, *Id.*, p.1225 (“[FPJVC] era responsable . . . de brindar pronósticos e información del [P]royecto, así como realizar validaciones de estimados y cronogramas, que fueron tenidos en cuenta para la toma de decisión para la aprobación de los controles de cambio, como claramente lo comprobó la primera instancia”). La figura de la gestión fiscal indirecta existe en el ordenamiento jurídico desde el año 2000 cuando entró en vigor la ley que rige el proceso de responsabilidad fiscal. **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 1 (“El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”) (énfasis añadido), Artículo 6 (“Dicho daño [patrimonial] podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público.”) (énfasis añadido). Como lo explicó el Demandado en su Memorial, en sentencia de 2001 la Corte Constitucional aclaró que pueden ser sujetos de responsabilidad fiscal conforme a la Ley 610 de 2000, no solo quienes gestionan recursos públicos directamente, sino también quienes contribuyan al daño patrimonial mediante una conducta que tenga una relación de conexidad próxima y necesaria con el desarrollo de la gestión fiscal (*i.e.*, gestión fiscal indirecta). Memorial, ¶ 79; **Ap. RL-16**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-840, 9 de agosto de 2001, pp. 22-23. El precedente constitucional de la Corte Constitucional es de obligatorio cumplimiento para las autoridades administrativas, como la CGR. **Ap. RL-274**, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad No. C-539, 6 de julio de 2011, p. 25 (“[T]odas las autoridades públicas . . . se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional”). Como es usual en el desarrollo legislativo, el Decreto 403 de 2020, entre otras cosas, incorpora esta y otras interpretaciones

34. En lo que respecta a la gradación de la culpa de FPJVC y al nexo causal entre su conducta y el daño patrimonial, la Sala Fiscal confirmó que la actuación de Foster Wheeler y Process Consultants fue negligente al no impedir, como consultores de gerenciamiento del Proyecto, los factores que generaron el aumento injustificado de las inversiones en la ejecución del Proyecto reflejado en los Controles de Cambios 2 y 3 que la junta directiva de Reficar aprobó.⁶³

35. Frente al argumento utilizado por los Demandantes, tanto en el Recurso de Apelación como en este Arbitraje, de que [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED],⁶⁴ la Sala Fiscal reconoció que el Contrato de Servicios permite a Foster Wheeler y Process Consultas resolver sus controversias contractuales con Reficar [REDACTED] pero encontró que el análisis de la Contraloría Delegada correctamente se centró en la responsabilidad fiscal y no contractual de los Demandantes.⁶⁵

jurisprudenciales que ya hacían parte del ordenamiento jurídico. Por lo tanto, se equivocan los Demandantes cuando afirman que la Contraloría Delegada y la Sala Fiscal aplicaron retroactivamente la ley al imputarles responsabilidad fiscal como gestores fiscales indirectos por su contribución al detrimento patrimonial. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 18, 19, 64-71, 74, 75; Memorial de Contestación, ¶ 59, n. 118. Lo único que hicieron la Contraloría Delegada y la Sala Fiscal fue aplicar una figura que existía en el ordenamiento jurídico desde muchos años antes de que los Demandantes hicieran su supuesta inversión en Colombia.

⁶³ Ver por ejemplo, **Ap. R-104**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 4: Consideraciones II, p. 1232 (indicando que durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal la CGR comprobó que el “actuar [de FPJVC] fue negligente frente a la aprobación de los controles de cambios 2 y 3, al no impedir desde sus labores como Project Management dentro de las áreas claves del proyecto, las situaciones relacionadas con costos, riesgos y otros factores, que [generaron] el aumento injustificado de las inversiones en la ejecución del referido proyecto mediante los retrasos reiterados y las conductas que llevaron al pago de bienes y servicios no previstos al proyecto de la Refinería de Cartagena”). Ver Memorial, ¶¶ 153-155.

⁶⁴ **Ap. R-89**, Recurso de Apelación, pp. 18-19; Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 3, n. 20; Memorial de Contestación, ¶¶ 61, 65, 114.

⁶⁵ Ver por ejemplo, **Ap. R-104**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 4: Consideraciones II, p. 1203 (“[E]l debate en la presente actuación no versó sobre el cumplimiento o no del Contrato, . . . [sino sobre] . . . la

36. Con el Fallo de Segunda Instancia culminó la etapa declarativa en sede administrativa del Proceso de Responsabilidad Fiscal, y el Fallo con Responsabilidad Fiscal quedó “ejecutoriado” o “en firme”.⁶⁶ La firmeza o ejecutoriedad del Fallo con Responsabilidad Fiscal tiene dos efectos jurídicos relevantes: (i) habilita el control judicial del Fallo con Responsabilidad Fiscal por las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa; y (ii) obliga a la CGR a iniciar la ejecución de la obligación solidaria de pago a cargo de los responsables fiscales contenida en el Fallo con Responsabilidad Fiscal, dando inicio a la etapa ejecutiva en sede administrativa del Proceso de Responsabilidad Fiscal, que a su vez consiste de una etapa de cobro voluntario, seguida por una etapa de cobro coactivo.⁶⁷

conducta desplegada por los integrantes del [FPJVC] – independiente del cumplimiento del contrato –, que generó el daño patrimonial, y en cuanto a las cláusulas contractuales relativas a resolución de controversias entre las partes y derivadas del propio contrato, no derogan la competencia de la [CGR] para adelantar procesos de responsabilidad fiscal, y que de hecho no es un proceso judicial que se esté adelantando, sino un procedimiento administrativo especial, de carácter resarcitorio.”. (énfasis añadido). Colombia ha explicado ampliamente la diferencia que existe entre la responsabilidad fiscal y la responsabilidad contractual. Ver Memorial, ¶¶ 81, 145, 158, 221, n. 342; n. 118, *infra*.

⁶⁶ **Ap. RL-8**, Ley 610 de 2000 Previa, Artículo 56(3); **Ap. R-105**, Fallo de Segunda Instancia – Parte 5: Consideraciones III, conclusiones y resolutorio, p. 2161.

⁶⁷ **Ap. RL-5**, Constitución Política de la República de Colombia, previa al Acto Legislativo No. 4 del 18 de septiembre de 2019 (“Constitución Previa”), Artículo 268(5); **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 268(5). Los Demandantes aseguran que la confirmación del Fallo con Responsabilidad Fiscal por parte de la Sala Fiscal era “una conclusión inevitable”. Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 89 (traducción del inglés). Esta es una simple especulación que desconoce el hecho de que el Contralor General de la República no tiene el poder de ejercer coacción sobre las decisiones de los funcionarios de la Sala Fiscal. De acuerdo con el principio constitucional de responsabilidad de los servidores públicos, cada funcionario de la Sala Fiscal debe actuar conforme a la ley y responder individualmente por sus actuaciones. **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 6 (“... Los servidores públicos... [son responsables] por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”), Artículo 121 (“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”), Artículo 123 (“Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”). Por lo tanto, de la composición de la Sala Fiscal no se deduce que esta sala emita decisiones contrarias a derecho con el ánimo de obedecer al Contralor General de la República. Asimismo, en su Memorial, el Demandado mostró varios ejemplos de fallos con responsabilidad fiscal que han sido revocados por la Sala Fiscal. Memorial, ¶ 209, n. 416.

D. El Fallo con Responsabilidad Fiscal Está Pendiente de Control Judicial

37. En estricto cumplimiento de lo establecido en la ley vigente, la CGR remitió el expediente administrativo del Proceso de Responsabilidad Fiscal al Consejo de Estado para que dicho tribunal realizara el control automático e integral de legalidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁶⁸ El Consejo de Estado es el máximo tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa.⁶⁹

38. El 26 de agosto de 2021, la sala especial de decisión No. 20 del Consejo de Estado decidió que no ejercería el control automático e integral de legalidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal,⁷⁰ siguiendo la pauta fijada previamente por la sala plena de dicha corte.⁷¹

39. Para tomar esa decisión, el Consejo de Estado aplicó una figura conocida en el derecho constitucional colombiano como excepción de inconstitucionalidad.⁷² Esta figura se basa en el principio de supremacía constitucional y permite a cualquier autoridad judicial dejar de aplicar una norma por considerarla contraria a la

⁶⁸ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, por medio de la cual se Reforma el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011– y se dictan otras disposiciones en materia de descongestión en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción (“Ley 2080 de 2021”), Artículos 23, 45.

⁶⁹ **Ap. RL-24**, Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (“Código Administrativo”), Artículo 107.

⁷⁰ **Ap. R-99**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión No. 20, Auto sobre Admisibilidad, 26 de agosto de 2021 (“Consejo de Estado – Auto sobre Admisibilidad”), p. 13.

⁷¹ El Demandado advirtió en su Memorial que el 29 de junio de 2021 la sala plena del Consejo de Estado profirió un auto de unificación en el que indicó que se abstendría de realizar el control automático e integral de legalidad sobre los fallos con responsabilidad fiscal por considerar que este control desconoce ciertas disposiciones de carácter constitucional. Ver Memorial, n. 226.

⁷² **Ap. R-99**, Consejo de Estado – Auto sobre Admisibilidad, pp. 7-12.

Constitución.⁷³ La excepción de inconstitucionalidad tiene efectos *inter partes* y, por lo tanto, la norma que una autoridad judicial deja de aplicar continúa vigente en el ordenamiento jurídico hasta tanto no sea declarada inconstitucional, con efecto *erga omnes*, por la Corte Constitucional.⁷⁴

40. El Consejo de Estado dejó de aplicar la ley que establece el control automático e integral de legalidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal⁷⁵ por considerar, entre otras cosas, que este control: (i) desconoce el debido proceso de los responsables fiscales al dejar a discrecionalidad del juez la posibilidad de presentar y controvertir pruebas; (ii) afecta el derecho a la administración de justicia de los responsables fiscales por tratarlos como intervinientes y no como partes del proceso; (iii) no permite a los responsables fiscales solicitar la suspensión de los efectos de los fallos con responsabilidad fiscal; y (iv) vulnera el derecho a la igualdad de quienes son responsables fiscales frente a otros administrados que pueden acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho para hacer valer sus intereses individuales y pedir la indemnización de perjuicios.⁷⁶

41. Como consecuencia de la inadmisión del control automático e integral de legalidad, el Consejo Estado devolvió el expediente del Proceso de Responsabilidad Fiscal a la Contraloría Delegada y dispuso que las personas declaradas responsables

⁷³ La Constitución de Colombia dispone que “[l]a Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. **Ap. RL-5**, Constitución Previa, Artículo 4; **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 4.

⁷⁴ La Corte Constitucional, como máximo tribunal en materia constitucional, es la única autoridad judicial facultada para retirar del ordenamiento jurídico la ley que creó el control automático e integral de legalidad de los fallos con responsabilidad fiscal. **Ap. RL-5**, Constitución Previa, Artículo 241(4); **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículo 241(4).

⁷⁵ **Ap. RL-12**, Ley 2080 de 2021, Artículos 23, 45.

⁷⁶ **Ap. R-99**, Consejo de Estado – Auto sobre Admisibilidad, pp. 8-12.

fiscales, incluyendo a Foster Wheeler y Process Consultants, podrán interponer una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁷⁷ Según el Consejo de Estado, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el mecanismo de acceso a la sede judicial que garantiza los derechos constitucionales de los responsables fiscales.⁷⁸

42. La acción de nulidad y restablecimiento del derecho es el recurso judicial que ha existido de larga data en el ordenamiento colombiano para permitir a los administrados demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa la nulidad de un acto administrativo de carácter particular, tal como el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁷⁹

43. Conforme al Código Administrativo, Foster Wheeler y Process Consultants pueden demandar la nulidad del Fallo con Responsabilidad Fiscal ante un juez contencioso administrativo alegando cualquiera de los siguientes vicios: (i) que el Fallo con Responsabilidad Fiscal infringe las normas en que debía fundarse; (ii) que la CGR

⁷⁷ *Id.*, p. 13.

⁷⁸ Los Demandantes afirman que “es muy poco probable que algún miembro de la rama judicial se arriesgue a anular [el Fallo con Responsabilidad Fiscal]”. **CWS-1**, Declaración Testimonial de César Torrente, ¶ 16. *Ver también id.*, ¶ 14 (“cualquier impugnación judicial contra [el Fallo con Responsabilidad Fiscal] . . . por parte de los Demandantes en Colombia también será rechazada”). Contrario a esta infundada e irresponsable conjetura, la actuación del Consejo de Estado no es más que una muestra de independencia e imparcialidad de la jurisdicción contencioso administrativa en favor de la garantía de los derechos constitucionales de cualquier administrado, incluyendo a los Demandantes.

⁷⁹ El énfasis en el carácter contencioso administrativo del control judicial es deliberado. En un fallido intento de convencer al Tribunal de que el Fallo con Responsabilidad Fiscal es el resultado de un procedimiento contencioso administrativo en los términos del Artículo 10.5.2(a) del Tratado, los Demandantes afirman que el Fallo con Responsabilidad Fiscal es el resultado de un “procedimiento adjudicatorio administrativo” (“*administrative adjudicatory proceeding*”). La versión en español del Tratado expresamente se refiere a “procedimientos contencioso administrativos”. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.2(a). Bajo derecho colombiano un procedimiento contencioso administrativo se lleva a cabo necesariamente ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ningún proceso ante una autoridad administrativa (como la CGR) es de carácter “contencioso administrativo”. **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 104. El testigo de los Demandantes, César Torrente, confirma este hecho al aclarar que la impugnación judicial tiene lugar ante la jurisdicción contencioso administrativa. **CWS-1**, Declaración Testimonial de César Torrente, ¶ 14. *Ver* ¶ 98, n. 172, *infra*.

no tenía la competencia para proferir el Fallo con Responsabilidad Fiscal; (iii) que el Fallo con Responsabilidad Fiscal fue expedido de forma irregular; (iv) que la CGR desconoció los derechos de audiencia y de defensa de Foster Wheeler y/o Process Consultants; (v) que los hechos que fundamentan el Fallo con Responsabilidad Fiscal son falsos; o (vi) que la CGR incurrió en una desviación de poder, es decir, que su actuación persiguió fines distintos a los fijados en la ley. Prácticamente todos los cuestionamientos que los Demandantes han presentado contra el Proceso de Responsabilidad Fiscal y en este Arbitraje tendrían cabida en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho.⁸⁰

44. A través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Foster Wheeler y Process Consultants también pueden reclamar al juez contencioso administrativo el restablecimiento de los derechos presuntamente lesionados por la CGR, así como la efectiva reparación de los supuestos daños causados por el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁸¹

45. En el procedimiento contencioso administrativo los Demandantes contarían con las garantías constitucionales propias de un proceso judicial, incluyendo el debido proceso, la posibilidad de presentar y controvertir pruebas, el derecho a impugnar una

⁸⁰ El Tribunal Superior de Bogotá que resolvió una de las acciones de tutela presentadas por los Demandantes indicó que la jurisdicción contencioso administrativa es la vía “idónea y eficaz” para resolver las inconformidades de los Demandantes frente al Proceso de Responsabilidad Fiscal. **Ap. R-100**, Sentencia de Tutela de Segunda Instancia 2021-A, p. 7 (señalando que “la vía judicial ordinaria [i.e., contencioso administrativa] es idónea y eficaz para obtener la defensa de las garantías constitucionales de los accionantes frente a lo acontecido en el proceso de responsabilidad fiscal adelantado en su contra, en razón a que en (sic.) ese es el escenario adecuado para que se zanjen las disconformidades jurídicas y probatorias frente a lo allí decidido”). (énfasis añadido).

⁸¹ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, 138.

eventual sentencia y la posibilidad de solicitar medidas cautelares como la suspensión provisional de los efectos del Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁸²

46. En términos generales, por las características garantistas de la sede judicial, el procedimiento contencioso administrativo se desarrolla en varias etapas. Aunque no hace parte formal del proceso, los Demandantes deben solicitar una conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad de una eventual demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.⁸³ Una vez agotado este requisito y si la conciliación falla, los Demandantes pueden presentar la demanda e iniciar el procedimiento contencioso administrativo que consta de tres etapas: la primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial; la segunda, desde la finalización de la audiencia inicial hasta la culminación de la audiencia de pruebas; y la tercera, desde la terminación de la audiencia de pruebas hasta la notificación de la sentencia. La tercera etapa incluye la audiencia de alegatos y juzgamiento.⁸⁴

47. Si un juez contencioso administrativo declara nulo el Fallo con Responsabilidad Fiscal como consecuencia de una acción de nulidad y restablecimiento

⁸² **Ap. RL-6**, Constitución Actual, Artículos 29, 238; **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículos 101(2), 103, 229, 230. Como el Demandado explicó en su Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, una de las medidas cautelares que Foster Wheeler y Process Consultants podrían solicitar es la suspensión provisional de los efectos del Fallo con Responsabilidad Fiscal. Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, 28 de octubre de 2021 (“Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales”), ¶¶ 34, 37, n. 66. Equivocadamente, los Demandantes afirman que la suspensión provisional del Fallo con Responsabilidad Fiscal “no es una opción legítima para los Demandantes” porque tendrían que “ofrecer una caución por un valor suficiente para cubrir el pago del valor integral de los daños estimados en el [Fallo con Responsabilidad Fiscal], o 1[,]5 veces el valor del [Fallo con Responsabilidad Fiscal]”. Solicitud de Medidas Provisionales, n. 14 (traducción del inglés). La ley es clara al indicar que “no se requerirá caución cuando se trate de la suspensión provisional de los actos administrativos”. **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 232.

⁸³ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 161(1). Ver **Ap. RL-275**, Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, Artículo 42A.

⁸⁴ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículo 179.

del derecho, dicho acto administrativo quedaría sin efecto, perdiendo su firmeza o ejecutoriedad.⁸⁵

48. A la fecha de presentación de esta Réplica, el proceso de control judicial del Fallo con Responsabilidad Fiscal ante las cortes de la jurisdicción contencioso administrativo no ha comenzado. Los responsables fiscales, incluyendo Foster Wheeler y Process Consultants, tienen plazo hasta enero del 2022 para presentar sus respectivas acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. Como ya lo indicó Colombia, la CGR no podrá rematar ningún bien de los Demandantes que haya conseguido previamente embargar sino hasta tanto la jurisdicción contencioso administrativa no haya resuelto una eventual acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Foster Wheeler y Process Consultants.⁸⁶

49. El mero hecho de que las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa no hayan tenido aún la oportunidad de pronunciarse sobre el Fallo con Responsabilidad Fiscal echa al suelo el reclamo de los Demandantes por violación del trato justo y equitativo. No existe, ni siquiera *prima facie*, un reclamo por denegación de justicia.⁸⁷

⁸⁵ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículos 137, 138.

⁸⁶ **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, por el cual se dictan normas para la correcta implementación del Acto Legislativo 04 de 2019 y el fortalecimiento del control fiscal (“Decreto Ley 403 de 2020”), Artículo 116. Ver Memorial, ¶ 120; Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, 30 de septiembre de 2021 (“Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia”), ¶ 48; Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, 18 de octubre de 2021 (“Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia”), ¶ 41; Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 34, 37, n. 93; **CWS-1**, Declaración Testimonial de César Torrente, ¶ 32.

⁸⁷ Ver ¶¶ 141-150, *infra*.

E. El Monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal se Ha Reducido por Pago

50. Como el Demandado explicó en su Memorial, la obligación de pagar el Fallo con Responsabilidad Fiscal es solidaria.⁸⁸ En ese sentido, el monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal irá reduciéndose a medida que otros responsables fiscales o terceros civilmente responsables realicen pagos.

51. Aproximadamente un mes después del Fallo de Segunda Instancia, las aseguradoras declaradas como terceras civilmente responsables pagaron una fracción del Fallo con Responsabilidad Fiscal igual a COP\$ 4.459.460.250 (aproximadamente US\$ 1.150.000).⁸⁹ Como estas aseguradoras, otros deudores del Fallo con Responsabilidad Fiscal pueden realizar pagos del daño patrimonial determinado en el Fallo con Responsabilidad Fiscal, ya sea voluntariamente o como consecuencia del procedimiento de cobro.⁹⁰

52. La posibilidad de que otros responsables fiscales realicen pagos de la obligación solidaria establecida en el Fallo con Responsabilidad Fiscal hace imposible predecir si la CGR ejecutará algún monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal contra bienes de Foster Wheeler y Process Consultants que, en todo caso, no han sido identificados por la CGR.⁹¹

⁸⁸ Memorial, ¶¶ 88, 108, 127, 150, n. 515.

⁸⁹ **Ap. R-107**, Dirección de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR, Proceso Fiscal de Cobro Coactivo DCC1-037, Auto No. DCC1-277, 18 de noviembre de 2021, pp. 4-10. Como consecuencia del pago de la totalidad de la póliza a su cargo, el Director de Cobro decidió desvincular a las aseguradoras Confianza S.A. y Liberty Seguros S.A. del procedimiento de cobro. El Director de Cobro decidió no desvincular a la aseguradora AXA Colpatria Seguros S.A. del procedimiento de cobro por considerar que esta aseguradora incurrió en un error en la tasa de cambio y que aún debe una fracción de su obligación. *Id.*, pp. 9-10.

⁹⁰ Ver ¶ 55, *infra*.

⁹¹ Ver Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 34; ¶¶ 63, 198, *infra*.

F. La CGR Inició la Etapa de Cobro Persuasivo del Fallo con Responsabilidad Fiscal

53. El Demandado ha explicado que la CGR tiene el deber constitucional y legal de recaudar el monto del daño patrimonial establecido en el Fallo con Responsabilidad Fiscal mediante un procedimiento de cobro que consta de dos etapas: una etapa de cobro persuasivo y una etapa de cobro coactivo.⁹²

54. El 6 de octubre de 2021 el Director de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR (el “Director de Cobro”) profirió un auto que admitió el procedimiento de cobro del Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁹³ Además, el 29 de noviembre de 2021 el Director de Cobro emitió avisos de cobro persuasivo invitando a Process Consultants y a los demás deudores a pagar o a negociar acuerdos para satisfacer el monto pendiente del Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁹⁴ A la fecha de esta Réplica, el procedimiento de cobro se encuentra en etapa de cobro persuasivo.⁹⁵

55. Durante la etapa de cobro persuasivo, el monto pendiente del Fallo con Responsabilidad Fiscal puede continuar reduciéndose como consecuencia del pago

⁹² El procedimiento de cobro del Fallo con Responsabilidad Fiscal por parte de la CGR ha sido explicado amplia y detalladamente por el Demandado en sus escritos. Ver Memorial, ¶¶ 115-120; Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶¶ 39-49; Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 34, 37; Presentación del Demandado durante la Audiencia sobre Medidas Provisionales, 4 de noviembre de 2021, p. 34.

⁹³ **Ap. R-108**, Dirección de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR, Proceso Fiscal de Cobro Coactivo DCC1-037, Auto No. DCC1-220, 6 de octubre de 2021.

⁹⁴ **Ap. R-109**, Dirección de Cobro Coactivo No. 1 de la CGR, Aviso de Cobro Persuasivo No. 2021EE0205818 dirigido a Process Consultants, 29 de noviembre de 2021. Los Demandantes aportaron este aviso mediante correo electrónico al Tribunal de fecha 6 de diciembre de 2021 sin asignarle un número de apéndice documental, por lo que el Demandado lo presenta nuevamente como Ap. R-109.

⁹⁵ La etapa de cobro persuasivo tiene una duración máxima de tres meses. Ver Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 41; Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 37.

efectivo por parte de los deudores del Fallo con Responsabilidad Fiscal o de la celebración de acuerdos de pago entre la CGR y esos deudores.

56. Si la etapa de cobro persuasivo concluye sin que la CGR obtenga el pago o celebre los acuerdos necesarios para recaudar el monto pendiente del Fallo con Responsabilidad Fiscal, procede la etapa de cobro coactivo.

57. Colombia ya explicó en detalle las actuaciones que tienen lugar durante la etapa de cobro coactivo.⁹⁶ Los Demandantes contarán con varias oportunidades para oponerse al cobro del Fallo con Responsabilidad Fiscal, tanto en sede administrativa como en sede judicial:

Sede administrativa:

- Contra el mandamiento de pago, los Demandantes podrán presentar las excepciones indicadas en la ley, que incluyen la existencia de un acuerdo de pago, la falta de ejecutoria o la suspensión del título ejecutivo (*i.e.*, del Fallo con Responsabilidad Fiscal), entre otras.⁹⁷
- Durante el trámite de las excepciones contra el mandamiento de pago, los Demandantes podrán solicitar la práctica de pruebas.⁹⁸
- Si la CGR rechaza total o parcialmente las excepciones contra el mandamiento de pago y ordena la ejecución y remate de los bienes embargados, los Demandantes podrán oponerse nuevamente mediante un recurso de reposición.⁹⁹
- Si la CGR decide rechazar definitivamente las excepciones y ordenar la ejecución y remate de los bienes embargados, los Demandantes

⁹⁶ Memorial, ¶¶ 115-120.

⁹⁷ *Id.*, ¶ 118. Ver **Ap. RL-34**, Decreto Ley 624 de 1989, por el cual se expide el Estatuto Tributario de los Impuestos Administrados por la Dirección General de Impuestos Nacionales, Artículo 831.

⁹⁸ **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 114(2).

⁹⁹ Memorial, ¶ 119. Ver **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 114.

podrán demandar dicha decisión ante la jurisdicción contencioso administrativa.¹⁰⁰

Sede judicial:

- En el marco de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, los Demandantes pueden solicitar la suspensión provisional de los efectos del Fallo con Responsabilidad Fiscal y/o del acto administrativo que ordena la ejecución y el remate de los bienes embargados como una medida cautelar. La solicitud de esta medida cautelar no requiere el pago de ninguna caución de parte de los Demandantes.¹⁰¹

58. El cobro coactivo efectivo está supeditado a que la CGR (i) logre identificar bienes de propiedad de los deudores del Fallo con Responsabilidad Fiscal, ya sea en Colombia o en el extranjero, (ii) consiga embargar tales bienes, (ii) pueda en última instancia rematar dichos bienes para satisfacer el monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal.

59. En el marco la Solicitud de Medidas Provisionales de los Demandantes, Colombia ya evidenció las enormes dificultades legales y prácticas que enfrenta la CGR en la identificación y embargo bienes en el extranjero.¹⁰² De ahí que, a la fecha de esta Réplica, los únicos responsables fiscales contra quienes la CGR no ha dictado medidas cautelares son las partes extranjeras [REDACTED], incluyendo a Foster

¹⁰⁰ Memorial, ¶ 120. Ver **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 116.

¹⁰¹ **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículos 229, 230(3), 232. Ver ¶ 45, *supra*. Ver también Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, n. 70; Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, n. 66.

¹⁰² Ver Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶¶ 35, 36, 46; Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 41, n. 71; Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 34, n. 78. Las pruebas aportadas por los propios Demandantes evidencian las dificultades a las que se enfrenta la CGR cuando debe identificar bienes en el extranjero. **Ap. C-23**, Jaime Gnecco, *National and International Cooperation Unit for Asset Prevention, Investigation and Seizure, International Cooperation in Non-Criminal Matters-Administrative Procedures of the Comptroller General's Office of the Republic of Colombia*, 3 de noviembre de 2015, pp. 12-13 (los Demandantes no han enviado la traducción de este documento al español).

Wheeler y Process Consultants.¹⁰³ Adicionalmente, el Demandado ya explicó que la CGR solo podrá rematar los bienes embargados cuando haya un pronunciamiento definitivo de la jurisdicción contencioso administrativa sobre las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho interpuestas por los Demandantes contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal¹⁰⁴ y/o el acto administrativo que ordena la ejecución y remate de los bienes embargados.¹⁰⁵ Si la posibilidad de que la CGR remate bienes de deudores nacionales en el procedimiento de cobro coactivo del Fallo con Responsabilidad Fiscal es lejana, el remate de bienes de los Demandantes es un evento absolutamente remoto e hipotético.

60. En su Memorial, Colombia describió las etapas de un proceso de responsabilidad fiscal: (i) la indagación preliminar, (ii) la etapa de apertura, (iii) la etapa de imputación, (iv) la etapa de fallo y de interposición de recursos administrativos, (v) la etapa de control judicial, y (vi) la etapa de cobro coactivo.¹⁰⁶ Actualmente están pendientes las etapas (v) y (vi). La siguiente ilustración muestra el estado actual del Proceso de Responsabilidad Fiscal (marcado con una estrella), así como los múltiples trámites y recursos administrativos y judiciales pendientes (marcados con fondo color rosa) que tendrían que resolverse antes de configurarse una medida susceptible de causar un perjuicio o daño pecuniario a los Demandantes.¹⁰⁷

¹⁰³ **Ap. R-97**, Carta de la Contralora Delegada Intersectorial No. 15 a la Contraloría Delegada para Cobro Coactivo, 18 de julio de 2021, pp. 7-8.

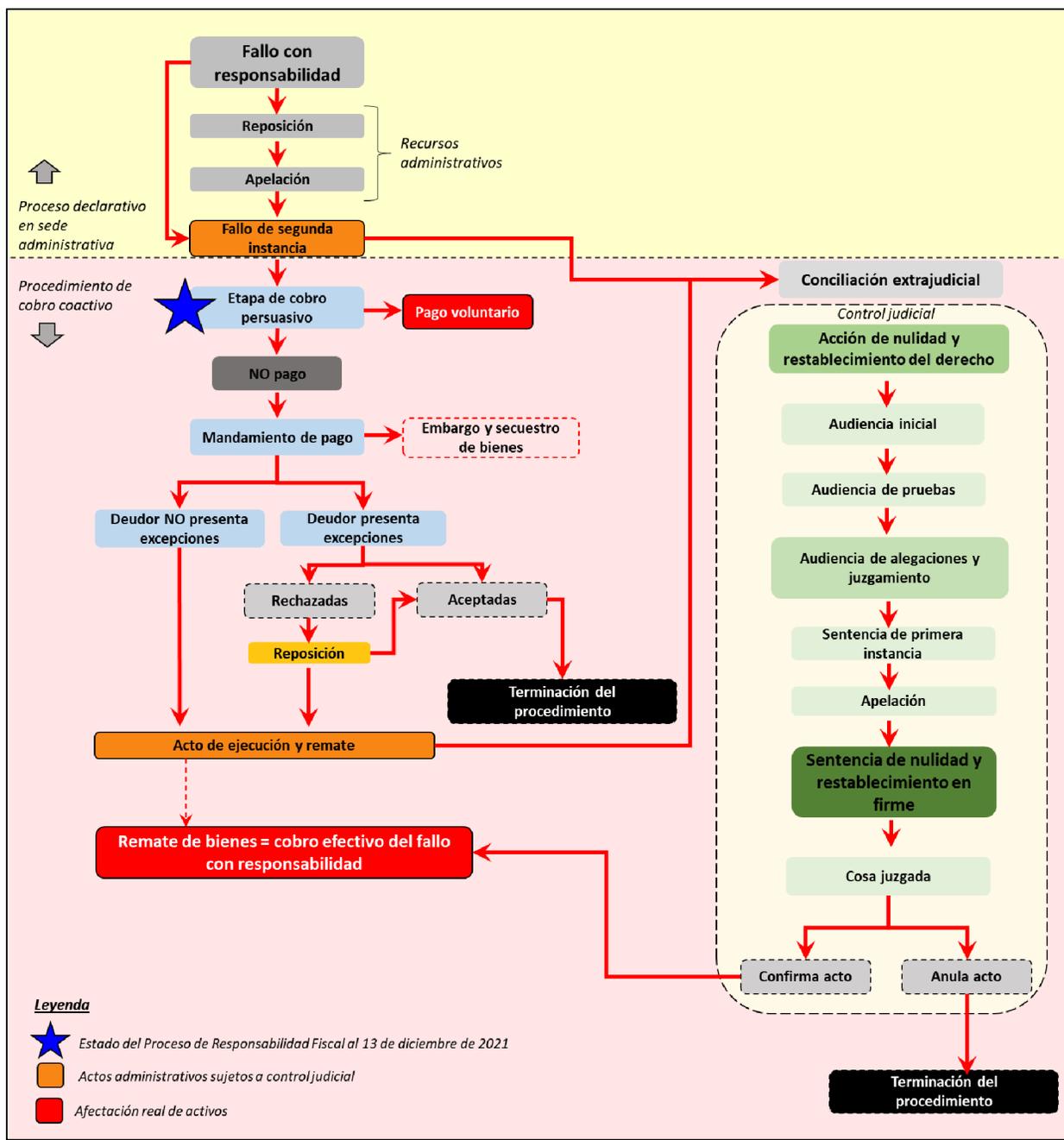
¹⁰⁴ Ver ¶ 48, n. 86, *supra*; **CWS-1**, Declaración Testimonial de César Torrente, ¶ 32.

¹⁰⁵ Memorial, ¶ 120, Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 48; Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 41; Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 37, n. 93. Ver **Ap. RL-33**, Decreto Ley 403 de 2020, Artículo 116.

¹⁰⁶ Memorial, ¶¶ 89-121.

¹⁰⁷ La ilustración se limita a describir las etapas principales del procedimiento contencioso administrativo en los términos del Artículo 179 del Código Administrativo. Para una descripción detallada del procedimiento contencioso administrativo, ver **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Título V.

Ilustración 1 – Estado del Proceso de Responsabilidad Fiscal al 13 de diciembre de 2021



61. La ausencia de una medida susceptible de constituir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión al momento en que los Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje (e incluso ahora) constituye un

incumplimiento del requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación a arbitraje.¹⁰⁸

62. Adicionalmente, la inexistencia de un daño en virtud de o como resultado de la supuesta conducta violatoria de Colombia al momento en que los Demandantes presentaron su Notificación de Arbitraje (e incluso ahora) constituye un incumplimiento de otro requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación a arbitraje.¹⁰⁹ Los Demandantes hasta el momento no han sufrido daño patrimonial alguno porque ni Foster Wheeler ni Process Consultants han realizado pagos, voluntarios o forzados, del Fallo con Responsabilidad Fiscal. Tampoco pesan sobre sus bienes embargos u otras medidas que afecten sus derechos de propiedad.

63. Tampoco existe certeza de que los Demandantes sufrirán un daño material en el futuro porque hay total incertidumbre sobre si el Fallo con Responsabilidad Fiscal eventualmente se ejecutará coactivamente contra bienes de Foster Wheeler y Process Consultants. Como ya lo indicó Colombia, esa incertidumbre que se deriva de: (i) la naturaleza solidaria de la obligación de pago prevista en el Fallo con Responsabilidad Fiscal y de la posibilidad de que otros responsables fiscales realicen pagos,¹¹⁰ (ii) los desafíos que enfrenta la CGR en la identificación y embargo de bienes en el extranjero,¹¹¹ (iii) la posibilidad de que las cortes de la jurisdicción contencioso anulen el Fallo con Responsabilidad Fiscal,¹¹² e incluso si no lo anulan (iv) la posibilidad de que no existan

¹⁰⁸ Ver ¶¶ 92-108, *infra*.

¹⁰⁹ Ver ¶¶ 190-215, *infra*.

¹¹⁰ Ver ¶¶ 31, 50-52, *supra*.

¹¹¹ Ver ¶¶ 58-59, *supra*.

¹¹² Ver ¶¶ 42-45, *supra*.

bienes de Foster Wheeler y Process Consultants previamente embargados que puedan ser rematados.¹¹³ La incertidumbre sobre la existencia misma de un daño (ni se diga sobre su eventual monto) devela que los daños que reclaman los Demandantes son completamente hipotéticos. El Tribunal no tiene facultad bajo el Tratado para ordenar el resarcimiento de daños hipotéticos.¹¹⁴

64. Por tales razones, el Tribunal no puede, como cuestión de derecho, dictar un laudo favorable para el demandante de acuerdo con el Artículo 10.26 del Tratado.¹¹⁵

G.

65.

[Redacted text block containing multiple paragraphs of text, mostly obscured by black bars.]

116

¹¹³ Ver ¶¶ 59, *supra*.

¹¹⁴ Ver ¶¶ 228-236, *infra*.

¹¹⁵ Ver ¶ 78, *infra*.

¹¹⁶ [Redacted] Ver Memorial, ¶¶ 57- 59.

66. El mero hecho de que [REDACTED] demuestra que el reclamo de los Demandantes por “expropiación [REDACTED] no tiene ningún fundamento. La CGR de ninguna manera los ha privado de ventilar sus disputas contractuales frente a Reficar [REDACTED]. La responsabilidad contractual [REDACTED] es independiente y autónoma de la responsabilidad fiscal derivada del Fallo con Responsabilidad Fiscal.¹¹⁸

H. [REDACTED]

67. [REDACTED]

¹¹⁷ **Ap. C-7**, *Refinería de Cartagena, S.A.S. c. Joint Venture Foster Wheeler USA Corporation y Process Consultants Inc. y otros*, Solicitud de Arbitraje, 23 de junio de 2021, pp. 5-6. Los Demandantes se equivocan al sugerir que [REDACTED] conduciría a un doble resarcimiento del daño patrimonial identificado por la CGR. *Ver* Solicitud de Medidas Provisionales, n. 109. Colombia ya explicó en su Memorial que la naturaleza de la responsabilidad es netamente resarcitoria. En ese sentido, si una parte del daño patrimonial al Estado es resarcida en otra sede [REDACTED], este resarcimiento debe ser tenido en cuenta en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Memorial, ¶ 81, n. 342.

¹¹⁸ Como indicó el Demandado en su Memorial, la responsabilidad fiscal busca el resarcimiento de los daños al patrimonio público causados por una inadecuada gestión fiscal, mientras que la responsabilidad contractual busca el resarcimiento de los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones previstas en un contrato. Memorial, ¶ 81, n. 177. *Ver también id.*, ¶¶ 220-222. El Demandado también describió el análisis de la CGR respecto a la clara distinción entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad fiscal de los Demandantes. *Id.*, ¶¶ 157-158, n. 343. Si bien la responsabilidad contractual y la responsabilidad fiscal son autónomas e independientes, la CGR hace referencia a las obligaciones de Foster Wheeler y Process Consultants bajo el Contrato de Servicios porque es en virtud de esa relación contractual que surge una relación de conexidad entre los Demandantes y la gestión fiscal sobre los recursos públicos en Reficar. En todo caso, la CGR es clara al indicar que el objeto del Proceso de Responsabilidad Fiscal no es evaluar el cumplimiento o incumplimiento del Contrato de Servicios. *Id.*, ¶¶ 153-154, nn. 336, 338.

[REDACTED] .119 [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] 120

68. [REDACTED]

[REDACTED] 121 – [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] .122

69. [REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

¹¹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 121.

¹²⁰ **Ap. R-110**, John Wood Group PLC, UNLOCKING SOLUTIONS TO THE WORLD’S MOST CRITICAL CHALLENGES, Informe Anual y Contabilidad 2020, marzo de 2021, pp. 203-204 (incluyendo a Process Consultants, Inc. y Amec Foster Wheeler USA Corporation como 100% filiales estadounidenses).

¹²¹ [REDACTED]
[REDACTED] . Ver en general, **Ap. R-110**, John Wood Group PLC, UNLOCKING SOLUTIONS TO THE WORLD’S MOST CRITICAL CHALLENGES, Informe Anual y Contabilidad 2020, marzo de 2021.

¹²² [REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED] 123 [REDACTED]

[REDACTED] 124

[REDACTED] 25

[REDACTED]

70. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

¹²³ Ap. R-111, [REDACTED]

¹²⁴ Ap. R-112, [REDACTED]
Ap. R-113, [REDACTED]

[REDACTED] Ap. R-114, [REDACTED]
[REDACTED] Ap. R-115, [REDACTED]

¹²⁵ Ap. R-112, [REDACTED]

[REDACTED] ” 126 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 127

71. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 128 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 129 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 130 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

31

¹²⁶ **Ap. R-116,** [REDACTED]

¹²⁷ **Ap. R-116,** [REDACTED]

¹²⁸ **Ap. R-117,** [REDACTED]

¹²⁹ **Ap. R-116,** [REDACTED]

¹³⁰ *Id.* (traducción del inglés).

¹³¹ *Id.* (traducción del inglés).

72.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 132

[REDACTED] 133

[REDACTED]

73.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 134

[REDACTED]

[REDACTED]

¹³² Ap. R-117, [REDACTED]

¹³³ Ap. R-115, [REDACTED]

¹³⁴ Ap. R-118, [REDACTED]

[Redacted]

[Redacted] .135

74. [Redacted]

[Redacted]

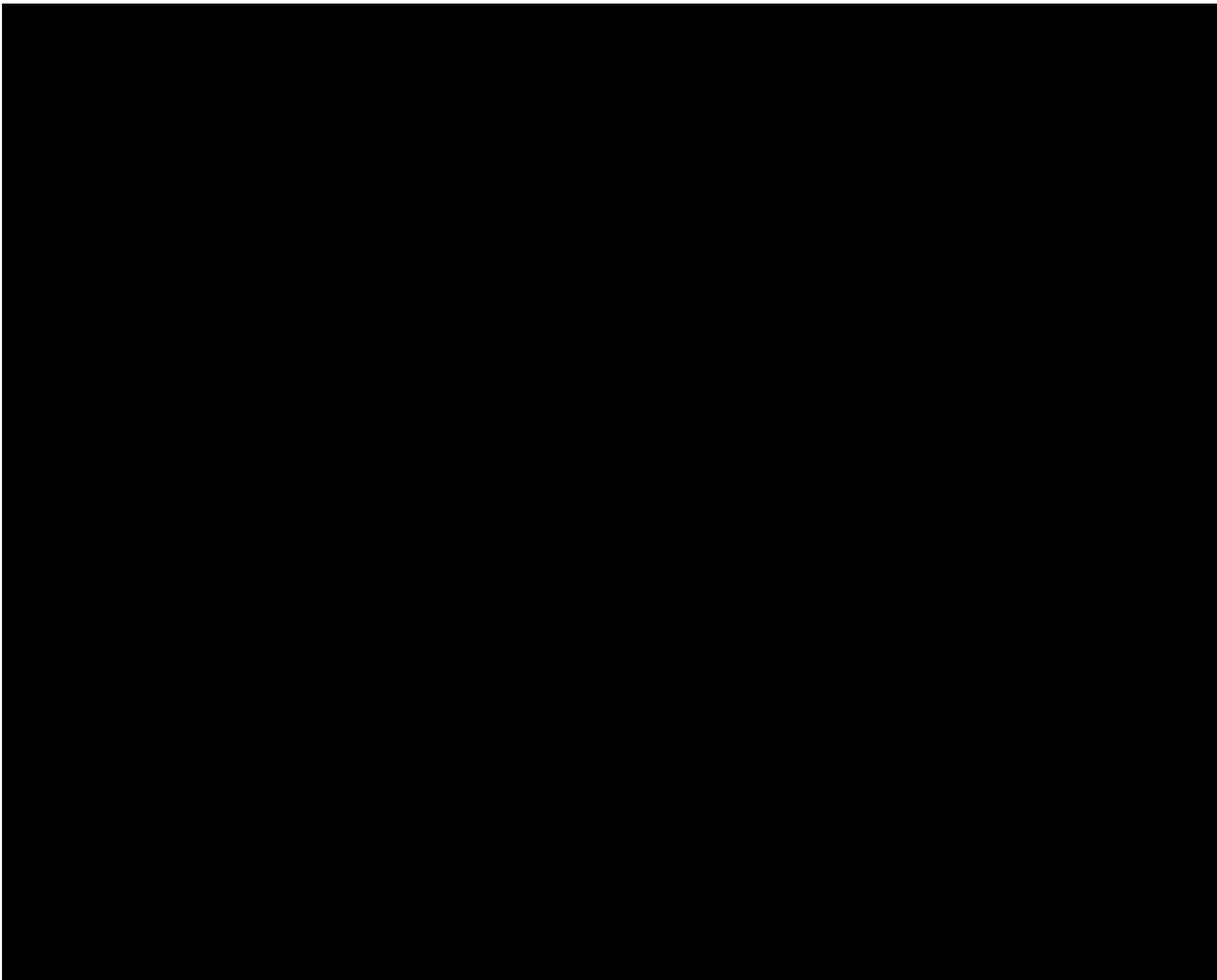
[Redacted]

[Redacted]

[Redacted] 136

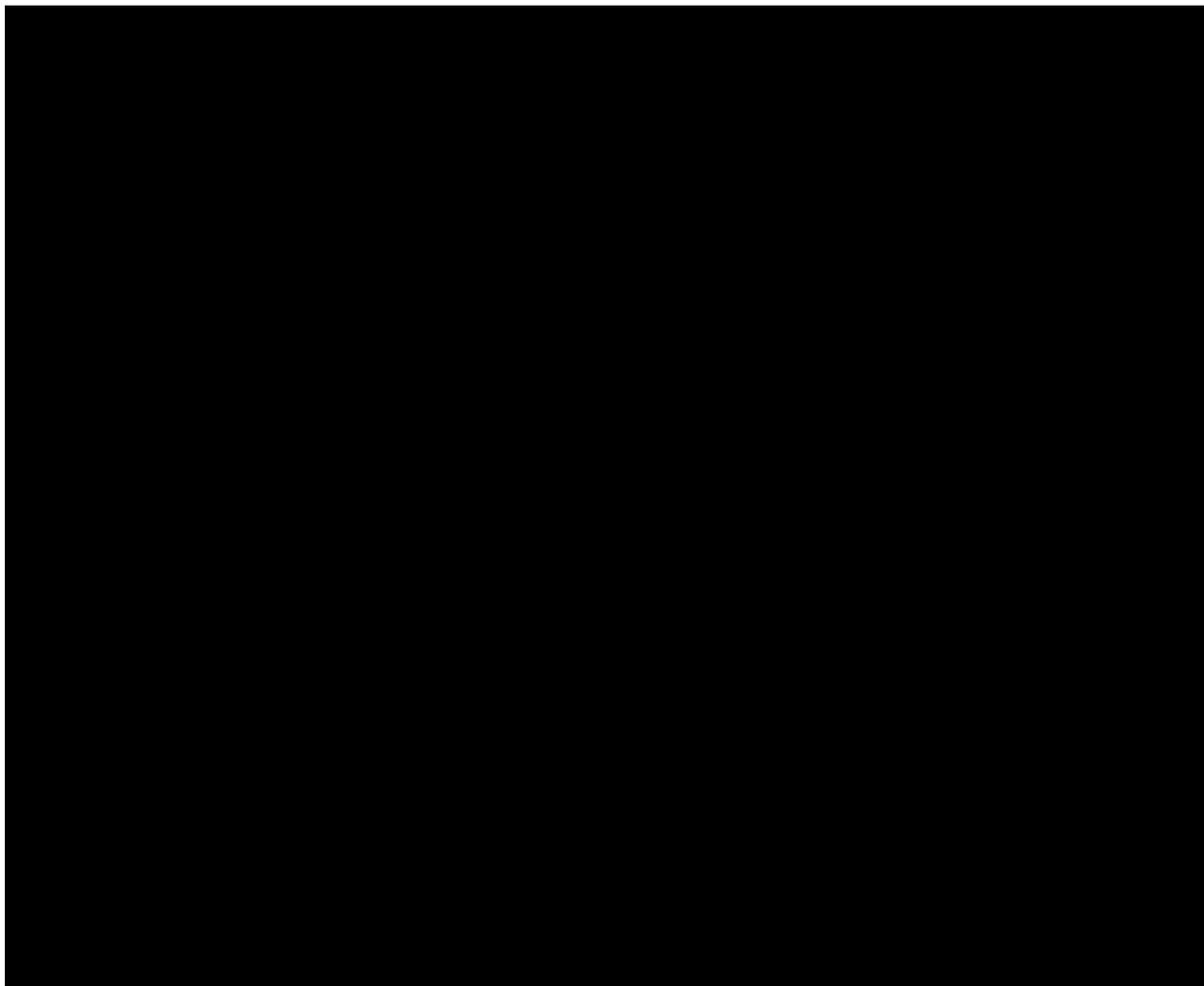
¹³⁵ Ap. R-119, [Redacted]
[Redacted] Ap. R-120, [Redacted] Ver Ap. R-
121, [Redacted] Ap. R-122, [Redacted]
[Redacted] Ap. R-120, [Redacted]
[Redacted] Ap. R-120, [Redacted]

¹³⁶ Ap. R-123, [Redacted]
[Redacted] Ap. R-119, [Redacted]



¹³⁷ **Ap. R-119,**





75. [Redacted]



[Redacted] 139 [Redacted]



¹³⁸ Ap. R-123, [Redacted]

¹³⁹ Ap. R-119, [Redacted]

[REDACTED]

[REDACTED] ” 140 [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 141

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 142

76. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] ” 143

77. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED] 144

¹⁴⁰ *Id.*

¹⁴¹ *Id.*

¹⁴² **Ap. R-124,** [REDACTED]

¹⁴³ **Ap. R-125,** [REDACTED]

¹⁴⁴ *Ver ¶¶ 217-224, infra.*

OBJECIÓN PRELIMINAR BAJO EL ARTÍCULO 10.20.4 DEL TRATADO

78. Colombia ha presentado una objeción preliminar bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado solicitando a este Tribunal que desestime la reclamación presentada por los Demandantes debido a que no es una reclamación respecto de la cual, como cuestión de derecho, se pueda dictar un laudo favorable para ellos.¹⁴⁵ Por una parte, los Demandantes no han sometido una reclamación a arbitraje que cumpla con los requisitos exigidos por el Artículo 10.16.1 del Tratado¹⁴⁶ y, por otra, las pretensiones que solicitan exceden las formas de reparación que el Tribunal se encuentra facultado a otorgar conforme el Artículo 10.26 del Tratado.¹⁴⁷

79. Si bien al decidir acerca de la objeción preliminar de Colombia bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado el Tribunal “asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación”, esa presunción de veracidad se circunscribe a los alegatos de hecho realizados por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje, y no incluye alegaciones de hecho efectuadas con posterioridad, conclusiones que no se encuentran respaldadas por alegatos de hecho, ni alegatos jurídicos.¹⁴⁸

¹⁴⁵ En su Memorial de Contestación, los Demandantes no cuestionan en general el alcance de esta objeción preliminar ni los requisitos para su procedencia. Ver Memorial, ¶¶ 164-166, nn. 350, 351. Los Demandantes únicamente citan algunas autoridades legales sobre la interpretación de la Regla de Arbitraje CIADI 41(5), que resultan irrelevantes para la interpretación del Artículo 10.20.4 del Tratado, ya que ambas disposiciones no son análogas y contienen estándares diferentes. Ver n. 149, *infra*.

¹⁴⁶ Ver ¶¶ 83-215, *infra*.

¹⁴⁷ Ver ¶¶ 216-236, *infra*.

¹⁴⁸ Memorial, n. 350; **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.20.4; **Ap. RL-36**, *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12 (DR-CAFTA), Decisión sobre las Excepciones Preliminares de la Demandada conforme a los Artículos 10.20.4 y 10.20.5 del CAFTA, 2 de agosto de 2010 (“*Pac Rim*”), ¶¶ 90-91 (“[S]olo la notificación (o notificación modificada) de arbitraje goza de una presunción de veracidad: no hay presunción de veracidad en lo que respecta a las alegaciones de hecho realizadas en otros lugares, por ejemplo, en otras presentaciones escritas u orales realizadas por un demandante ante el tribunal en virtud del procedimiento para abordar la objeción preliminar del demandado. . . . Además, en

80. Queriendo abusar de la acotada presunción de veracidad prevista en el Artículo 10.20.4 del Tratado, en su Memorial de Contestación los Demandantes pretenden que el Tribunal asuma como ciertas alegaciones fácticas que no estaban incluidas en su Notificación de Arbitraje (incluyendo alegaciones sobre el Fallo con Responsabilidad Fiscal y los hechos posteriores, todos los cuales ocurrieron luego de la Notificación de Arbitraje), así como alegaciones que no son fácticas sino jurídicas (en ciertas oportunidades, cambiando sustancialmente los alegatos jurídicos efectuados en su Notificación de Arbitraje).¹⁴⁹

81. Sin embargo, si el Tribunal asume como ciertas las alegaciones de hecho en la Notificación de Arbitraje y solo esas alegaciones, debe necesariamente concluir que no puede, como cuestión de derecho, emitir un laudo en favor de los Demandantes.

82. A continuación, Colombia procederá a contestar los argumentos de los Demandantes en su Memorial de Contestación con respecto a su objeción bajo el

este procedimiento solo se presumen como verdaderos los 'alegatos de hecho'. La frase no incluye ningún alegato jurídico. Por lo tanto, no podría incluir una alegación jurídica revestida de una alegación de hecho. Tampoco podría incluir una mera conclusión que no se encuentre respaldada por ninguna alegación de hecho relevante sin privar al procedimiento de toda aplicación práctica. En resumen, el Tribunal concluye, nuevamente, que el fondo debe prevalecer claramente sobre la forma en este procedimiento".) (traducción del inglés; énfasis añadido). Nada impide que el Tribunal pueda considerar cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa.

¹⁴⁹ Adicionalmente, en un intento por alterar el estándar que debe aplicar el Tribunal para analizar la objeción preliminar de Colombia conforme al Artículo 10.20.4 del Tratado, los Demandantes citan la decisión en *RSM c. Granada* que dispone que la notificación de arbitraje debe interpretarse liberalmente y cualquier duda o incertidumbre con respecto al alcance de una alegación efectuada por el demandante debe resolverse a favor suyo. Memorial de Contestación, ¶ 32; **Ap. CL-63**, *RSM Production Corporation c. Granada*, Caso CIADI No. ARB/10/6, Laudo, 10 de diciembre de 2010 ("*RSM*"), ¶ 6.1.3. Al igual que otras de las autoridades legales citadas, la decisión de *RSM* resulta irrelevante en este caso porque el tribunal en aquel caso estaba interpretando la Regla de Arbitraje del CIADI 41(5), que contiene un lenguaje diferente al Tratado, así como también otro objeto y propósito. Ver **Ap. RL-36**, *Pac Rim*, ¶ 118 ("El Tribunal tampoco encontró particularmente útiles las comparaciones con el TLCAN o con la Regla de Arbitraje del CIADI 41(5), las cuales usan términos diferentes y no comparten exactamente el mismo objeto y propósito".) (traducción del inglés).

Artículo 10.20.4 del Tratado, que no sirven más que para confirmar la naturaleza prematura y la improcedencia de su reclamación.

I.

No Puede Dictarse un Laudo Favorable para los Demandantes Porque No se Cumplen los Presupuestos del Artículo 10.16.1 del Tratado

83. Colombia explicó en su Memorial que, a los efectos de que un inversionista – ya sea por cuenta propia o en representación de una empresa que sea de su propiedad o esté bajo su control directo o indirecto – pueda someter una reclamación a arbitraje bajo el Tratado, el Artículo 10.16.1 requiere el cumplimiento de dos presupuestos: (A) que exista una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de una autorización de inversión o un acuerdo de inversión, y (B) que el demandante o la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta.¹⁵⁰ En su Memorial de Contestación, los Demandantes no logran probar el cumplimiento de esos presupuestos esenciales para la procedencia de su reclamación porque, en efecto, no se cumplen.

84. El incumplimiento de estos presupuestos no sólo afecta la admisibilidad de la reclamación sometida a arbitraje, sino que también impide que el Tribunal pueda ejercer su competencia *ratione voluntatis* sobre este caso, ya que las Partes Contratantes sólo consintieron al sometimiento de una reclamación a arbitraje si se cumplían los presupuestos del Artículo 10.16.1 del Tratado.¹⁵¹

¹⁵⁰ Memorial, ¶¶ 168-261.

¹⁵¹ *Id.*, n. 354; **Ap. RL-1**, Tratado Artículo 10.17.1 (consintiendo a someter una reclamación a arbitraje “con arreglo a esta Sección [B] y de conformidad con este Acuerdo”); **Ap. RL-39**, UPS, ¶ 60 (“La jurisdicción se

85. Contrariamente a lo que insinúan los Demandantes, el cumplimiento de los requisitos previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje – y, en consecuencia, la cuestión de la madurez de la reclamación – debe analizarse al momento del sometimiento de dicha reclamación a arbitraje. Así lo expresó correctamente el tribunal en *Glamis c. EE.UU.*:

[L]a cuestión de la madurez depende de la determinación de si las medidas impugnadas de California causaron un daño a los derechos de propiedad del Demandante en el momento en que este presentó su reclamación a arbitraje.¹⁵²

86. Esa también ha sido la posición sostenida por los Estados Unidos, la otra Parte Contratante del Tratado. En su presentación como parte no contendiente en el caso *Mesa Power c. Canadá*, Estados Unidos indicó:

El Artículo 1116(1) del TLCAN [que es casi idéntico al Artículo 10.16.1 del Tratado], además, establece que un inversionista puede someter una reclamación a arbitraje cuando una Parte “ha violado” ciertas obligaciones, y el inversionista “ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella”. Por lo tanto, no puede haber una reclamación en virtud del Artículo 1116(1) hasta que un inversionista haya sufrido un daño por una violación alegada. De conformidad con los Artículos 1116(1) y 1120(1), un inversionista puede presentar una reclamación a arbitraje bajo el Capítulo Once sólo por una violación que ya haya ocurrido y por la cual ya se haya incurrido en daños o pérdidas. . . . No podrá presentarse ninguna reclamación basada únicamente en

confiere en el artículo 1116(1)(b) [del TLCAN, que es similar al Artículo 10.16.1 del Tratado] y está sujeta a sus propios términos. El artículo 1116 relativo a las controversias entre inversionistas y Estados, como el similar artículo 1117, establece el alcance de lo que las Partes han acordado con respecto a las reclamaciones sometidas a arbitraje contra cada una de ellas por un inversionista de la otra Parte”.) (traducción del inglés).

¹⁵² **Ap. RL-40**, *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 8 de junio de 2009 (“*Glamis*”), ¶ 335 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también ¶ 104, *infra*.

especulaciones sobre futuras violaciones o futuras pérdidas.¹⁵³

87. En su Memorial de Contestación, los Demandantes intencionalmente tratan de generar confusión respecto a dos conceptos claramente diferenciables. Una primera cuestión es si, al momento de iniciar este Arbitraje, los Demandantes satisfacían los requisitos establecidos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para poder someter válidamente la presente reclamación a arbitraje ante este Tribunal. Otra cuestión muy distinta es si el Tribunal puede considerar hechos que ocurrieron con posterioridad al inicio de este Arbitraje al analizar las supuestas violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado, o tomar en cuenta los daños que se produjeron con posterioridad al inicio del Arbitraje para calcular la eventual compensación pagadera a los Demandantes.¹⁵⁴ Ambas cuestiones son independientes y no están relacionadas.

88. Los hechos o daños ocurridos con posterioridad al inicio del Arbitraje no son relevantes para determinar si los requisitos previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje se cumplían al momento del inicio de este Arbitraje, ni para determinar si la reclamación se encontraba madura en aquel momento. Dicho de otro modo, la violación de alguna obligación sustantiva del Tratado o de un acuerdo de inversión y la existencia de pérdidas o daños en virtud de dicha violación deben existir al momento del inicio del Arbitraje para que la reclamación sea admisible (y el Tribunal pueda asumir jurisdicción *ratione voluntatis* sobre esta controversia).

¹⁵³ **Ap. RL-48**, *Mesa Power Group LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-17 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 25 de julio de 2014 (“*Presentación de EE.UU. en Mesa Power*”), ¶ 4 (traducción del inglés; énfasis añadido).

¹⁵⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 19-25. Ninguno de los casos citados por los Demandantes respaldan la posición de que eventos posteriores al inicio de un arbitraje pueden hacer que una reclamación se convierta en madura. Ver ¶¶ 102-106, *infra*.

89. Según se explica en más detalle en las secciones subsiguientes, a la fecha del inicio del presente arbitraje no se cumplieron los presupuestos imprescindibles que requiere el Artículo 10.16.1 para el sometimiento de una reclamación válida a arbitraje bajo el Tratado (ni tampoco se cumplen en la actualidad). Por el contrario, la reclamación presentada por los Demandantes se basa “únicamente en especulaciones sobre futuras violaciones o futuras pérdidas” y por ello es inadmisibile y el Tribunal no puede, como cuestión de derecho, emitir un laudo a favor de los Demandantes.

A. No Existe una Violación que Pueda Dar Lugar a una Reclamación Bajo el Artículo 10.16.1 del Tratado

90. En su Memorial, Colombia señaló que, a los fines de que un inversionista pueda someter válidamente una reclamación a arbitraje, el Artículo 10.16.1 del Tratado exige, como primer requisito, que exista una violación de una obligación sustantiva del Tratado o de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión al momento del sometimiento de la reclamación.¹⁵⁵

91. Incluso asumiendo como ciertos los alegatos de hecho que efectuaron los Demandantes en su Notificación de Arbitraje,¹⁵⁶ a la fecha de dicha notificación (1) no pudo haberse configurado una violación de una obligación sustantiva del Tratado, (2) ni tampoco pudo haber existido una violación de un acuerdo de inversión.

¹⁵⁵ Memorial, ¶¶ 168-250.

¹⁵⁶ Ver ¶ 79, *supra*.

(1) No Pudo Haber Existido Ninguna Violación de una Obligación Sustantiva del Tratado en Este Caso

92. Los alegatos de hecho que efectuaron los Demandantes en su Notificación de Arbitraje no son susceptibles de constituir, como cuestión de derecho, una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado. Ello se debe principalmente a que (a) no se había configurado, al momento del inicio de este Arbitraje, una medida susceptible de constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado, y (b) los Demandantes no han podido establecer que su reclamación pueda constituir una violación *prima facie* de las obligaciones sustantivas del Tratado.

a. La Reclamación de los Demandantes Es Prematura Porque no Existe una Medida Susceptible de Constituir una Violación de una Obligación Sustantiva del Tratado

93. Al momento de la presentación de la Notificación de Arbitraje, el Proceso de Responsabilidad Fiscal ya había iniciado y Foster Wheeler y Process Consultants habían sido imputados, pero todavía no existía un acto administrativo definitivo en el marco de ese proceso. Para ese momento, tan solo se había emitido el Auto de Imputación, un acto administrativo de trámite que no resolvió ninguna situación jurídica y que, por lo tanto, no podía constituir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado.¹⁵⁷

94. Queriendo eludir lo que es evidente, en su Solicitud de Medidas Cautelares y en su Memorial de Contestación, los Demandantes apuntan al Fallo con Responsabilidad Fiscal, que ocurrió con posterioridad al inicio de este Arbitraje, como

¹⁵⁷ Memorial, ¶¶ 7-8, 135, 173.

una medida susceptible de violar las obligaciones sustantivas del Tratado.¹⁵⁸ Sin embargo, esto no resuelve el escollo de los Demandantes.

95. Incluso si el Tribunal evaluara la madurez del reclamo con base en lo que ha ocurrido hasta hoy (lo cual, como ya indicó el Demandando, sería incorrecto),¹⁵⁹ a la fecha de esta Réplica sigue sin existir una medida susceptible de constituir una violación de una obligación sustantiva del Tratado. Pese a que la CGR ya emitió el Fallo con Responsabilidad Fiscal, la reclamación de los Demandantes continúa siendo prematura. Un acto administrativo que está sujeto a control judicial posterior no puede constituir – por sí mismo – una denegación de justicia u otra medida susceptible de configurar alguna de las violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado que alegan los Demandantes.

96. Como Colombia indicó en su Memorial, en un caso similar, *Corona c. República Dominicana*, que fue desestimado bajo una objeción preliminar sumarísima conforme al Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA (que es idéntico al Artículo 10.20.5 del Tratado), el tribunal sostuvo que “un acto administrativo, *per se*, y particularmente en el primer nivel jerárquico” no podía “constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación est[aba]n potencialmente disponibles de conformidad con la legislación

¹⁵⁸ Ver Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales, p. 95 (“ÁRBITRO BEECHEY: Sr. Sills, así no hay absolutamente ninguna duda, ¿sería tan amable de mirar el artículo 10.20.8 del [Tratado]? Así no hay absolutamente ninguna duda sobre esto, mirando la frase que está en el centro del debate que hemos tenido hoy, ‘El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación’, y luego viene ‘de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16’. Para que quede absolutamente claro, ¿cuál dice usted que es la medida que supuestamente constituye la violación a la que se refiere el [A]rtículo 10.16? SR. SILLS: [El Fallo con Responsabilidad Fiscal] de la CGR.”) (traducción del inglés).

¹⁵⁹ Ver ¶¶ 85-88, *supra*.

nacional”.¹⁶⁰ El tribunal en *Corona* también enfatizó que “no pudo haber denegación de justicia sin una sentencia firme emanada de la autoridad judicial superior del Estado”.¹⁶¹

97. Los Demandantes sostienen que el presente caso no es análogo a *Corona* debido a que en aquel caso sólo hubo una falta de reconsideración de la denegación de un permiso ambiental y no se había iniciado un procedimiento contencioso administrativo.¹⁶² Pero ello es exactamente lo que ocurre en este caso, ya que también aquí sólo existe un mero acto administrativo y tampoco se inició a la fecha un procedimiento judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo para impugnar el Fallo con Responsabilidad Fiscal dictado por la CGR con posterioridad al inicio de este Arbitraje.

98. Increíblemente, los Demandantes sostienen que el Fallo con Responsabilidad Fiscal “es el resultado de un [procedimiento contencioso administrativo] que se clasifica de lleno dentro del Artículo 10.5.2(a) del [Tratado]”.¹⁶³ Dicha afirmación es notoriamente errónea. El procedimiento contencioso administrativo al que se refiere el Artículo 10.5.2(a) (o “*administrative adjudicatory proceeding*”, en inglés) es un procedimiento judicial ante la jurisdicción contencioso administrativa, y debe distinguirse de un procedimiento administrativo – como el Proceso de Responsabilidad Fiscal – ante

¹⁶⁰ **Ap. RL-41**, *Corona Materials, LLC c. República Dominicana*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/3 (DR-CAFTA), Laudo sobre Objeciones Preliminares Expedidas de la Demandada de conformidad con el Artículo 10.20.5 del DR-CAFTA, 31 de mayo de 2016 (“*Corona Laudo*”), ¶ 248.

¹⁶¹ *Id.*, ¶ 264.

¹⁶² Memorial de Contestación, ¶ 16.

¹⁶³ *Id.*, ¶ 17. Los Demandantes utilizan incorrectamente en su versión en español el término “procedimiento adjudicatorio administrativo”, pero el término que contiene la versión en español del Tratado es “procedimiento contencioso administrativo”. **Ap. RL-1**, Tratado, 10.5.2(a).

autoridades administrativas – como la CGR.¹⁶⁴ Como Colombia señaló en su Memorial, el Artículo 10.5.2(a) del Tratado establece expresamente “la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio de debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo”.¹⁶⁵ Así, del propio texto de la disposición se desprende que la obligación de no denegar justicia prevista en el Tratado se circunscribe a procedimientos de naturaleza judicial ante las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa y no abarca procedimientos administrativos.¹⁶⁶

99. Los Demandantes también mencionan que el tribunal en *Corona* sostuvo que “la denegación de justicia puede tener su origen en un acto administrativo”.¹⁶⁷ Sin embargo, convenientemente omiten lo que el tribunal dijo seguidamente a esa afirmación – y que el Demandado citó en su Memorial –¹⁶⁸ que deja claro que no puede existir una denegación de justicia antes de que se interpongan los recursos judiciales disponibles en la legislación nacional:

[E]l Tribunal no considera que un acto administrativo, per se, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén

¹⁶⁴ Memorial, ¶ 201, nn. 179, 398. La naturaleza del Proceso de Responsabilidad Fiscal como proceso administrativo es incluso confirmada por el propio testigo ofrecido por los Demandantes. **CWS-1**, Declaración Testimonial de César Torrente, ¶¶ 13-14.

¹⁶⁵ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.2(a) (énfasis añadido); Memorial, ¶ 201.

¹⁶⁶ Por si quedara alguna duda, el propio Tratado, cuando en otras partes se refiere a procedimientos o procesos administrativos – en contraposición a los procedimientos o procesos judiciales – utiliza los términos “procedimiento administrativo” o “proceso administrativo”, y no procedimiento o proceso contencioso administrativo (que sólo utiliza cuando se refiere a procedimientos judiciales). Ver **Ap. RL-1**, Tratado, Artículos 10.8.4 y 10.9.3 (b)(ii).

¹⁶⁷ **Ap. RL-41**, *Corona Laudo*, ¶ 248; Memorial de Contestación, ¶ 18.

¹⁶⁸ Memorial, ¶ 177. Ver también ¶ 96, *supra*.

potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.¹⁶⁹

100. Como ya se indicó, en el presente caso, al momento del inicio del Arbitraje, sólo existía un Auto de Imputación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, y ni siquiera se había emitido todavía un fallo en el marco de ese proceso. Si bien ahora se ha emitido el Fallo con Responsabilidad Fiscal, ese acto administrativo está pendiente de control judicial por las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa (hasta el momento ni siquiera ha sido impugnado judicialmente), por lo que todavía no existe una medida susceptible de constituir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado.

101. En su intento de argumentar que un mero acto administrativo como el Fallo con Responsabilidad Fiscal puede constituir una medida violatoria de Colombia, los Demandantes citan el caso *Glencore c. Colombia*. Según los Demandantes, ese caso apoya su posición porque el tribunal encontró que la reclamación estaba madura a pesar de que aún no se había emitido una decisión judicial. Sin embargo, el caso *Glencore* no los ayuda. Primero, los Demandantes sostienen erróneamente que los demandantes en *Glencore* estaban en una situación similar ya que habían agotado sus recursos en sede administrativa.¹⁷⁰ Pese a que es cierto que ahora los Demandantes en este caso ya han agotado los recursos administrativos internos contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, ello no era así al momento del inicio de este Arbitraje, cuando todavía ni siquiera existía un fallo en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. Por lo tanto, el hecho que ahora se hayan agotado los recursos administrativos es irrelevante para determinar la admisibilidad de la reclamación de los Demandantes bajo el Tratado. Segundo, los Demandantes sostienen que el requisito de la Adición Artículo 11(3) del Protocolo del

¹⁶⁹ **Ap. RL-41**, *Corona Laudo*, ¶ 248 (énfasis añadido).

¹⁷⁰ Memorial de Contestación, ¶ 26.

TBI Colombia-Suiza es simplemente un requisito para agotar recursos administrativos locales que el Tratado no contiene.¹⁷¹ Si bien es cierto que el Tratado no posee un requisito explícito de agotamiento de recursos administrativos, a los efectos de poder reclamar una denegación de justicia en un procedimiento contencioso administrativo, es evidente que debe haberse previamente agotado la etapa administrativa para luego recién poder iniciar un proceso judicial ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Por lo tanto, si no existe ni siquiera un proceso judicial contencioso administrativo es lógicamente imposible que pueda existir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado, mucho menos una denegación de justicia.¹⁷²

102. Los Demandantes además argumentan que, si la reclamación no se encontraba madura al momento en que fue comenzada, eventos subsecuentes la podrían tornar madura, y citan una serie de decisiones arbitrales que supuestamente

¹⁷¹ *Id.*, ¶¶ 26-28. A ello se debe agregar que el TBI Colombia-Suiza que se encontraba bajo análisis en *Glencore* no contiene el requisito del Artículo 10.16.1 del Tratado y, de todas formas, el demandante en *Glencore* había pagado el fallo con responsabilidad fiscal. Ver ¶ 199, *infra*.

¹⁷² Los Demandantes citan el Artículo 10.5.2(a) del Tratado y traducen incorrectamente “*administrative adjudicatory proceeding*” como “procedimiento adjudicatorio administrativo” (Memorial de Contestación, ¶ 28), cuando en verdad el texto oficial en español dice “procedimiento contencioso administrativo” (lo cual supone un procedimiento judicial ante dicha jurisdicción). Ver ¶ 98, n. 79, *supra*. Los Demandantes ni siquiera han iniciado un procedimiento judicial (contencioso administrativo o de cualquier otra índole) en el que se cuestione o impugne el Fallo con Responsabilidad Fiscal emitido por la CGR en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal, conforme lo exige el Tratado para alegar una violación de TJE. Ver ¶¶ 141-150, *infra*. Sin perjuicio de ello, los Demandantes alegan que “[o]tros tribunales . . . interpretaron la misma redacción [del Artículo 10.5.2(a) del Tratado]” e identificaron “reclamos fundándose exclusivamente en la madurez de los actos administrativos”. Memorial de Contestación, ¶ 28 (énfasis añadido). No obstante, los Demandantes solo citan un caso (*TECO c. Guatemala*) que presenta un escenario fáctico completamente distinto al presente y no apoya su postura. Ver Memorial de Contestación, n. 52. En efecto, el caso *TECO* se inició luego de que la Corte de Constitucionalidad de Guatemala resolviera definitivamente los recursos judiciales interpuestos por la Empresa Eléctrica de Guatemala S.A., en la cual el demandante tenía una inversión indirecta. Ver **Ap. RL-276**, *TECO Guatemala Holdings, LLC c. República de Guatemala*, Caso CIADI No. ARB/10/17 (DR-CAFTA), Laudo, 19 de diciembre de 2013, ¶¶ 3, 15, 79, 233, 235, 244-246 (los Demandantes sólo presentaron la versión en inglés del **Ap. CL-61**, por lo que ahora se presenta la versión en inglés y español). Aquí, no existe una sentencia judicial en firme, pues los Demandantes ni siquiera han iniciado un procedimiento judicial.

respaldan esa afirmación.¹⁷³ Sin embargo, si se analizan en detalle las autoridades legales que citan los Demandantes, es posible advertir que ninguna de ellas respalda verdaderamente su posición.

103. En el caso *Chevron c. Ecuador* no se discutía la “madurez” de las reclamaciones, pues el tribunal ya había asumido jurisdicción con relación a las reclamaciones presentadas inicialmente.¹⁷⁴ Lo único que se discutía al respecto era “si las [d]emandantes [podían] mantener estos nuevos reclamos como ampliación de sus presentaciones”.¹⁷⁵ Estos “nuevos reclamos” se sintetizaban en la llamada “Sentencia [Judicial] de Lago Agrio”, confirmada por la Corte Constitucional de Ecuador.¹⁷⁶ El tribunal de *Chevron* solo señaló que, siempre y cuando estas nuevas reclamaciones “cumpla[n] con los requisitos previstos en el Artículo 20 [del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI] (incluidos los de jurisdicción y admisibilidad)”, ninguna disposición del [t]ratado impedía tratarlas, ya que estaban íntimamente relacionadas con las reclamaciones originales.¹⁷⁷ Este caso es sustancialmente diferente. Primero, el TBI Ecuador-EE.UU. subyacente en el caso *Chevron* no contiene ninguna disposición análoga al Artículo 10.16.1 del Tratado. Segundo, los Demandantes no han cumplido con dicho artículo al momento de iniciar este Arbitraje y, por lo tanto, la “madurez” de sus reclamaciones aquí sí se encuentra

¹⁷³ Memorial de Contestación, ¶¶ 18-24.

¹⁷⁴ **Ap. RL-78**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Segundo Laudo Parcial sobre el Tramo II, 30 de agosto de 2018 (“*Chevron II*”), ¶¶ 4.461, 7.2-7.3.

¹⁷⁵ *Id.*, ¶ 7.158 (énfasis añadido).

¹⁷⁶ *Id.*, ¶¶ 1.71, 5.180.

¹⁷⁷ *Id.*, ¶ 7.173 (énfasis añadido).

controvertida. Tercero, a todo evento, al día de la fecha ni siquiera existe tal “madurez”, ya que no aún no hay ninguna sentencia judicial en firme, como sí sucedía en *Chevron*.

104. Notablemente, el caso *EnCana c. Ecuador* – citado por los Demandantes a continuación de *Chevron* para este punto¹⁷⁸ – apoya abiertamente la posición de Colombia. En efecto, el tribunal de *EnCana* sostuvo que

el arbitraje entre inversionista y Estado con arreglo a disposiciones tales como el Artículo XIII del [TBI Canadá-Ecuador (1996), similar al Artículo 10.16.1 del Tratado] debe abordar el grado de vulneración del [TBI Canadá-Ecuador] que haya causado la pérdida al demandante en el momento de iniciarse el arbitraje. En virtud del Artículo XIII(I) del [TBI Canadá-Ecuador], el inversionista debe señalar una [“]reclamación . . . de que una medida tomada, o no tomada, por la primera Parte Contratante *viola* este [TBI], y con las pérdidas o daños incurridos por el inversionista como consecuencia o resultado de tal violación[”]¹⁷⁹.

105. Por otro lado, en el caso *Eco Oro c. Colombia* también ya existía una reclamación válida al momento del sometimiento de la reclamación a arbitraje. En ese caso, la cuestión que tenía que resolver el tribunal era si las reclamaciones efectuadas en la notificación de intención podían ser complementadas por otras reclamaciones relacionadas con la reclamación original que no se encontraban mencionadas en la notificación de intención. El tribunal en *Eco Oro* primero advirtió que la notificación de

¹⁷⁸ Memorial de Contestación, n. 41.

¹⁷⁹ **Ap. RL-277**, *EnCana Corporation c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3481 (CNUDMI), Laudo Arbitral, 3 de febrero de 2006, ¶ 163 (énfasis añadido) (pese a que los Demandantes le asignaron el número de apéndice legal **Ap. CL-210**, extrañamente no acompañaron copia de la decisión, por lo que ahora el Demandado lo presenta). En este sentido, el tribunal recordó que “los acontecimientos que se produjeron en Ecuador entre diciembre de 2004 y abril de 2005 fueron aducidos por EnCana no con el objeto de presentar una nueva reclamación o demanda, sino para informar al Tribunal de asuntos que pudieran ser relevantes para las reclamaciones ya identificadas al iniciarse el proceso de arbitraje”. *Id.*, ¶ 165 (énfasis añadido). Finalmente, el tribunal de *Encana* rechazó todas las reclamaciones del demandante. *Ver id.*, ¶¶ 168, 199.

intención de ese caso especificaba “el daño sufrido por Eco Oro”.¹⁸⁰ Luego, el tribunal remarcó que, para presentar una reclamación válida a arbitraje, debía determinarse “el punto en el tiempo para el cual la reclamación se había cristalizado[,] pero una vez que ese punto se había alcanzado, [el demandante] no podía esperar un periodo de tiempo indeterminado para ver si . . . cualesquiera otras medidas posteriores [lo afectaban]”.¹⁸¹ Es decir, en *Eco Oro* no se encontraba en discusión que ya existía una reclamación válida al momento del sometimiento a arbitraje.

106. En fin, que existan hechos nuevos posteriores vinculados a la reclamaciones existentes efectuadas en la notificación de arbitraje, o que existan reclamaciones adicionales que puedan abordarse dentro del mismo arbitraje, son cuestiones independientes que no tienen ninguna relevancia para la objeción preliminar aquí planteada. Lo relevante es que debe existir primero una reclamación válida al momento del sometimiento a arbitraje, para luego evaluar si es factible incorporar hechos nuevos posteriores o nuevas reclamaciones relacionadas al mismo arbitraje. Pero si no existe una reclamación válida al momento de la presentación de la notificación de arbitraje, la reclamación es a todas luces inadmisibles, y ello no puede ser subsanado por hechos nuevos posteriores. Ninguno de los casos citados por los Demandantes respaldan tal afirmación.¹⁸²

¹⁸⁰ **Ap. CL-50**, *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/41, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad e Instrucciones sobre Quantum, 9 de septiembre de 2021 (“*Eco Oro*”), ¶ 326.

¹⁸¹ *Id.*, ¶ 327.

¹⁸² Los Demandantes también aseveran que los tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”) han aceptado hechos nuevos relacionados a aquellos planteados en la notificación de arbitraje cuando determinan violaciones de un tratado. Memorial de Contestación, ¶ 23. Sin perjuicio de que dos de los cuatro casos citados por los Demandantes (*Enkev c. Polonia* y *Ethyl c. Canadá*) no fueron dictados por “tribunales del CIADI”, esto no se encuentra en discusión.

107. Por último, los Demandantes tratan – sin éxito – de distinguir los casos citados por Colombia en respaldo de su posición de que las reclamaciones de los Demandantes sobre supuestas violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado son prematuras.¹⁸³ Sin embargo, ninguna de las distinciones que intentan trazar tiene relevancia alguna o logra desvirtuar las conclusiones de esos casos:

- En *Achmea c. Eslovaquia II*, el tribunal sostuvo que “el proceso aún se [encontraba] en su fase inicial, ya que hasta el momento no se ha[bía] presentado ningún proyecto de ley a la legislatura eslovaca”. En consecuencia, el tribunal advirtió que era “totalmente especulativo indagar si, cuándo y bajo qué condiciones se llevaría a cabo la supuesta expropiación de la inversión de Achmea” y concluyó que “el demandante no ha[bía] presentado un caso *prima facie* para su reclamación”. En este sentido, el tribunal señaló que se lo estaba invitando “a realizar un ejercicio especulativo, mirando hacia el futuro para examinar una conducta estatal que aún no se ha materializado y cuyas características no pueden determinarse con certeza en esta etapa”, y que ello era “inadmisible en virtud del TBI y, por lo tanto, queda[ba] fuera del ámbito de la jurisdicción del Tribunal”.¹⁸⁴ Los Demandantes, en lugar de distinguir el caso, solo confirman estas mismas conclusiones.¹⁸⁵
- De igual forma, en *Enkev c. Polonia*, el tribunal observó que, a partir de la “hoja de ruta” provista por la demandada con “los diferentes y sucesivos pasos administrativos, legales y judiciales que podrían conducir a la eventual expropiación de los bienes inmuebles de Enkev Polska”, era posible advertir que “[t]odavía no se ha[bía] alcanzado el segundo paso [de los siete pasos individualizados allí], y menos aún cualquier otro paso administrativo, legal o judicial que culmin[ara] en la expropiación efectiva de los bienes inmuebles de Enkev Polska en virtud de la *Road Legislation*”. El tribunal sostuvo que el demandante no había demostrado “ninguna falta de debido proceso en virtud del derecho polaco o internacional”, ya que dicho proceso todavía tenía

Sin embargo, como se ha explicado, ello es irrelevante para la cuestión de la madurez de la reclamación que debe analizar aquí el Tribunal.

¹⁸³ Memorial de Contestación, ¶¶ 29-30; Memorial, ¶ 180.

¹⁸⁴ **Ap. RL-47**, *Achmea B.V. c. República Eslovaca II*, Caso CPA No. 2013-12, Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 20 de mayo de 2014, ¶¶ 238, 251 (traducción del inglés; énfasis añadido).

¹⁸⁵ Ver Memorial de Contestación, ¶ 29.

un largo recorrido por delante en Polonia, “incluyendo la posibilidad de varias intervenciones judiciales por parte de los tribunales polacos”. Por lo tanto, el tribunal concluyó que la reclamación del demandante era “prematura”.¹⁸⁶ Los Demandantes tampoco procuran distinguir este caso, sino tan solo repiten las conclusiones del tribunal: “que la expropiación no había ocurrido todavía y que la disminución del valor de las acciones del demandante no era todavía tan grave como para considerar a dichos activos inútiles”.¹⁸⁷

- El caso *Glamis c. Estados Unidos* tampoco asiste a la posición de los Demandantes. El tribunal de aquel caso advirtió que, “[s]in un acto gubernamental que vaya más allá de la mera amenaza de expropiación y se convierta en una interferencia real con un derecho de propiedad, es imposible evaluar el impacto económico de la interferencia”.¹⁸⁸

108. En resumen, al momento del inicio de este Arbitraje, la reclamación presentada por los Demandantes era notoriamente prematura porque no existía ninguna medida de Colombia susceptible de constituir una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado, sino tan solo un acto administrativo de trámite (el Auto de Imputación) que no definía de manera definitiva la situación jurídica de Foster Wheeler y Process Consultants en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

109. Ahora que la CGR ha dictado el Fallo con Responsabilidad Fiscal, la reclamación de los Demandantes continúa siendo prematura, ya que las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa no han tenido oportunidad de pronunciarse

¹⁸⁶ **Ap. RL-45**, *Enkev Beheer B.V. c. República de Polonia*, Caso CPA No. 2013-01, Primer Laudo Parcial, 29 de abril de 2014, ¶¶ 350-351 (traducción del inglés; énfasis añadido).

¹⁸⁷ Memorial de Contestación, ¶ 29; n. 185, *supra*.

¹⁸⁸ **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶¶ 328, 331 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-44**, *The American Independent Oil Company c. Gobierno del Estado de Kuwait*, Laudo Final, 24 de marzo de 1982, ¶ 112 (“[L]a posibilidad (antes de la emisión del Decreto-Ley No. 124) de acudir a un tribunal arbitral con relación a una cuestión particular sobre la cual las Partes no habían llegado a un entendimiento . . . no existía, porque a menos que y hasta que el Gobierno tomara alguna medida concreta – como la nacionalización – a raíz de esa falta de entendimiento, no habría existido ninguna reclamación concreta para acudir a un tribunal arbitral.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Los Demandantes tampoco proporcionan una explicación que permita diferenciar este caso. Memorial de Contestación, n. 59.

(todavía ni siquiera se ha iniciado un procedimiento judicial ante esa jurisdicción impugnando ese acto administrativo), por lo que no puede haberse configurado una denegación de justicia, una expropiación ni ninguna otra de las violaciones sustantivas del Tratado que los Demandantes alegan.¹⁸⁹

b. Los Demandantes No Han Establecido una Violación *Prima Facie* de Ninguna de las Obligaciones Sustantivas del Tratado

110. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes no establecieron una violación *prima facie* de ninguna de las obligaciones sustantivas del Tratado.

111. Si bien ahora los Demandantes complementan los hechos narrados inicialmente para intentar salvar su caso, como ya indicó Colombia, los únicos alegatos de hecho que deben tenerse en cuenta a los efectos de considerar la objeción preliminar

¹⁸⁹ Los Demandantes argumentan que sería absurdo sugerir que deberían iniciar un segundo arbitraje una vez que el perjuicio se materialice. Memorial de Contestación, ¶ 31. Sin embargo, los mismos Demandantes sugirieron en la Audiencia sobre Medidas Provisionales que, si la ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal les causara algún daño, tendrían “una reclamación separada por ello”. Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales, p. 107 (traducción del inglés). Sin perjuicio de ello, los Demandantes convenientemente ignoran una vez más que, para que una reclamación pueda válidamente someterse a arbitraje bajo el Tratado, el Artículo 10.16.1 requiere expresamente que el demandado “ha[ya] violado” una obligación sustantiva del Tratado o un acuerdo de inversión y el demandante “ha[ya] sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta”. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1. Por lo tanto, si los requisitos previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado no se cumplen al momento del sometimiento de la reclamación a arbitraje, el caso debe ser desestimado por el Tribunal porque la reclamación no sería admisible. Ver ¶¶ 83-84, *supra*. Esta postura es respaldada por la única autoridad legal referida por los Demandantes para este punto. Ver Memorial de Contestación, n. 60 (en donde aluden al caso *Pan-American c. Argentina*). Sin perjuicio de que el caso *Pan-American* se inició bajo el TBI Argentina-EE.UU. (1991), que no contiene ninguna disposición semejante al Artículo 10.16.1 del Tratado, el tribunal advirtió – en los dos párrafos que anteceden al citado por los Demandantes – que se requería que “algunos daños y perjuicios sean concretos y específicos en el sentido de que ya se hayan producido, en tanto que otros, que pueden producirse más adelante, no sean aún específicos, pero sí más o menos previsibles atendiendo a las circunstancias”. Bajo este entendimiento, el tribunal reconoció que “los Demandantes han demostrado, *prima facie*, su aseveración de que se han producido algunos daños” y que, “[n]aturalmente[,] . . . el monto final de los daños deberá determinarse durante el procedimiento de análisis del fondo del asunto si se llegara a la conclusión de que el Demandado es responsable”. **Ap. RL-174**, *Pan-American Energy LLC & BP Argentina Exploration c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Objeciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶¶ 177-178 (énfasis añadido).

bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado son aquellas efectuadas por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje.¹⁹⁰ Asimismo, cabe además recordar que el Tribunal “puede considerar también cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa” y que no debe asumir como ciertos ninguno de los alegatos jurídicos (incluyendo las alegaciones jurídicas revestidas de una alegación de hecho) que realizan los Demandantes.¹⁹¹

(i) Los Demandantes No Han Establecido una Violación *Prima Facie* del Trato Justo y Equitativo

112. Como explicó Colombia en su Memorial, la Notificación de Arbitraje de los Demandantes no ha establecido una violación *prima facie* de la obligación de trato justo y equitativo (“TJE”) por diversos motivos. Primero, porque el estándar de TJE protege sólo a las inversiones y no a los inversionistas, y todas las reclamaciones de los Demandantes se refieren a supuestas acciones de Colombia que habrían afectado a los inversionistas. Segundo, porque los Demandantes argumentan su caso basándose en un estándar incorrecto de TJE, ya que el Tratado expresamente limita la obligación de TJE al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario. Tercero, porque no pudo existir una denegación de justicia en este caso ya que todavía no ha intervenido el poder judicial en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. El Memorial de Contestación de los Demandantes no logra refutar ninguno de estos argumentos.

¹⁹⁰ Ver ¶ 79, *supra*.

¹⁹¹ *Id.*

(a) El Estándar de TJE No Protege a los Inversionistas

113. El texto del Artículo 10.5.1 del Tratado es claro respecto a que el estándar de nivel mínimo de trato (que incluye la obligación de TJE) solo protege a las inversiones, y no así a los inversionistas.¹⁹²

114. Notablemente, los Demandantes no cuestionan el hecho de que en este caso todas las alegaciones por violación del TJE que efectúan se relacionan con supuestas acciones o conductas del Demandado que – de ser ciertas – los habrían afectado a ellos en su condición de supuestos inversionistas, y no a su supuesta inversión cubierta (*i.e.*, el Contrato de Servicios).¹⁹³

115. Sin embargo, basándose principalmente en decisiones de tribunales que han interpretado disposiciones sobre TJE en otros tratados con lenguaje diferente al Tratado,¹⁹⁴ argumentan que la obligación de TJE en el Tratado protege tanto a

¹⁹² Memorial, ¶¶ 187-192.

¹⁹³ *Id.*, ¶¶ 190-191.

¹⁹⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 37-41. La cita de los Demandantes al Informe de la CDI sobre Cláusulas de NMF es completamente irrelevante. *Ver id.*, ¶ 37 (“[S]egún las palabras de la propia autoridad citada por Colombia en este contexto, el Informe de 2015 de la Comisión de Derecho Internacional sobre las cláusulas de la Nación Más Favorecida, ‘la definición de inversión es una cuestión relevante para el acuerdo de inversión en su totalidad y no plantea ninguna cuestión sistémica relativa a la cláusula de la Nación Más Favorecida [o a otra disposición sustancial, siguiendo la lógica de Colombia] o a su interpretación. Por tal motivo, el Grupo de Estudio no consideró que este asunto ameritara una mayor consideración”). El argumento que aquí plantea Colombia es muy simple y tampoco requiere acudir a ninguna “cuestión sistémica”. Por lo contrario, basta con un mero silogismo lógico. Por un lado, el Artículo 10.5.1 del Tratado (que incluye el estándar de TJE) solo protege a las inversiones. Por otro lado, todas las reclamaciones de los Demandantes se refieren a supuestas acciones o conductas que habrían afectado a los inversionistas. Por lo tanto, las reclamaciones de los Demandantes no se encuentran protegidas por el Tratado y deben ser rechazadas. En el mismo sentido, la cita de los Demandantes al caso *Bahgat c. Egipto* carece de relevancia para este caso, ya que allí el tribunal reconoció expresamente que “[l]a orden relativa a congelar las cuentas bancarias del Demandante y las cuentas bancarias de las Compañías, el allanamiento a las oficinas del Demandante y la prohibición de que los miembros del personal entraran al sitio del Proyecto se relacionaron con la inversión y, *de facto*, llevaron a que se terminara con el Proyecto. Por lo tanto, en opinión del Tribunal, las medidas adoptadas por el Demandado se dirigieron principalmente en contra de la inversión”. **Ap. CL-52**, *Mohamed Abdel Raouf Bahgat c. República Árabe de Egipto*, Caso CPA No. 2012-07, Laudo Final, 23 de diciembre de 2019, ¶ 187 (traducción del inglés; énfasis añadido); Memorial de Contestación, ¶ 37. En este caso, las medidas reputadas como violatorias del estándar de

inversionistas como inversiones, aunque no analizan el texto mismo de la disposición relevante.

116. No resulta sorprendente que los Demandantes no hagan el intento de interpretar el lenguaje textual de la disposición (es más, ni siquiera la citan), ya que el sentido corriente de sus términos no permite llegar a otra conclusión que no sea que la obligación de nivel mínimo de trato bajo el Tratado solo protege a las inversiones.

117. En efecto, por más que a los Demandantes no les guste referirse al texto del Artículo 10.5.1 del Tratado, dicho texto expresa en forma inequívoca:

Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.¹⁹⁵

118. Una interpretación de esta disposición conforme al Artículo 31 de la Convención de Viena (o sea, a partir del sentido corriente de los términos del artículo en su contexto) no permite otra interpretación.¹⁹⁶ La protección concedida es solo a las

TJE se dirigen, en todo caso, hacía los Demandantes y no “principalmente en contra de” su presunta inversión.

¹⁹⁵ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.1 (énfasis añadido).

¹⁹⁶ **Ap. RL-53**, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31.1. Ver **Ap. RL-278**, Robert Jennings y Arthur Watts, 1 OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW: VOL. I (9th ed., Oxford University Press 2008), p. 1271 (“La regla general de interpretación establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena adopta el enfoque textual.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-279**, *Competencia de la Asamblea General para la Admisión de un Estado en las Naciones Unidas*, Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 3 de marzo de 1950, I.C.J. REPORTS 4 (1950), p. 8 (“Si las palabras relevantes en su significado natural y corriente tienen sentido en su contexto, eso pone fin a la cuestión.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-280**, *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo, 8 de diciembre de 2008 (“*Wintershall*”), ¶ 79 (“[C]uando el sentido ordinario de las palabras (el texto) es claro y las palabras tienen sentido en el contexto, no cabe recurrir a otros medios de interpretación.”); **Ap. RL-281**, Jean-Marc Sorel y Valérie Boré Eveno, *Observance, Application and Interpretation of Treaties*, en THE VIENNA CONVENTIONS ON THE LAW OF TREATIES: A COMMENTARY 804 (Olivier Corten y Pierre Klein (eds.), Oxford University Press 2011), ¶ 31 (“La primacía de la interpretación textual si el tratado es claro es además un leitmotiv que la Corte no ha dudado en repetir cada vez que ha surgido la oportunidad, es decir, con frecuencia. . . . [L]a lección es sencilla: tiene poco sentido examinar otros aspectos de la interpretación si el texto del tratado es claro.”) (traducción del inglés).

“inversiones cubiertas”; los inversionistas no se encuentran mencionados en la disposición. Esa fue también la posición defendida por la firma de abogados de los Demandantes cuando representaban a México en un arbitraje de inversión bajo el TLCAN.¹⁹⁷ Leer en la disposición términos que esta no contiene ya no sería interpretarla, sino reescribirla, lo que un tribunal arbitral no puede ni debe hacer.¹⁹⁸

119. El tribunal en el caso *Grand River c. Estados Unidos*, interpretando una disposición virtualmente idéntica de TJE a la prevista en el Tratado, determinó que la obligación de TJE sólo protege a las inversiones y no a los inversionistas, señalando:

El trato requerido debe ser acordado a las ‘inversiones de inversionistas de la otra Parte’. **El Artículo 1105 [del TLCAN] no abarca a los reclamos de inversionistas individuales respecto a que han recibido un trato contrario al derecho**

¹⁹⁷ **Ap. RL-282**, *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 (TLCAN), Laudo, 20 de septiembre de 2021 (“*Lion Mexico Laudo*”), ¶¶ 10, 356 (“El primer argumento de México se basa en una lectura literal del Art. 1105 del TLCAN, que establece que México ‘otorgará a las inversiones de los inversionistas’ de las otras Partes del tratado un trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. El Demandado sostiene que el Art. 1105 sólo extiende la protección a las inversiones, pero no a los inversionistas.”) (los Demandantes sólo presentaron la versión en inglés del **Ap. CL-68**, por lo que ahora se presenta la versión en inglés y español).

¹⁹⁸ Ver **Ap. RL-280**, *Wintershall*, ¶ 82 (“[L]a función de interpretación no se cumple revisando los tratados o leyendo en ellos lo que no contienen expresamente o de ellos se deduce; que los términos (el texto) de un tratado siempre deben respetarse, debido a que el tratado expresa la voluntad mutua de los Estados Contratantes.”); **Ap. RL-283**, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungría c. Eslovaquia)*, Corte Internacional de Justicia, Opinión Separada del Juez Mohammed Bedjaoui, I.C.J. REPORTS 120 (1997), p. 123. (“[L]a ‘interpretación’ no es lo mismo que la ‘sustitución’ de un texto negociado y aprobado, por uno completamente diferente, el cual nunca ha sido negociado o acordado.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-278**, R. Jennings y A. Watts, OPPENHEIM’S INTERNATIONAL LAW: VOL. I, pp. 1271-1272 (“Que dicho enfoque textual – el cual la Comisión de Derecho Internacional aprobó unánimemente – es una parte aceptada del derecho internacional consuetudinario es sugerido por muchos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, la cual también ha enfatizado que la interpretación no se trata de revisar tratados o de interpretar en ellos lo que no contienen expresamente o por una implicación necesaria, o de aplicar una regla de interpretación a fin de obtener un resultado contrario a la letra o al espíritu del texto del tratado.”) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-284**, *Interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía (Segunda Fase)*, Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva del 18 de julio de 1950, I.C.J. REPORTS 221 (1950), p. 229 (“[L]a obligación de la Corte consiste en interpretar los Tratados, no en revisarlos.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-280**, *Wintershall*, ¶ 84 (“Si ésa es la obligación de una corte internacional, la obligación de un tribunal del CIADI no es diferente.”).

internacional, excepto que el trato afecte una inversión protegida.¹⁹⁹

120. Esa interpretación del alcance de la obligación de TJE concuerda con el entendimiento de las Partes Contratantes del Tratado. Estados Unidos ha manifestado en reiteradas presentaciones como parte no contendiente su posición respecto a esta limitación en el alcance de la obligación de TJE bajo el Tratado:

Algunas obligaciones del Acuerdo entre Estados Unidos y Colombia requieren que una Parte conceda trato tanto a los inversionistas como a las inversiones cubiertas, mientras que otras obligaciones del Acuerdo solo requieren que una Parte conceda trato a una inversión cubierta. Por ejemplo, el Artículo 10.5 exige a las Partes que concedan “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” solo a las inversiones cubiertas, no a los inversionistas. En cambio, el Artículo 10.3 exige a las Partes que concedan “trato nacional” tanto a los inversionistas como a las inversiones cubiertas. De acuerdo con esta distinción, para las obligaciones del Acuerdo que solo se extienden a las inversiones cubiertas, un demandante (es decir, un inversionista) debe demostrar que el trato de una Parte se concedió a la inversión cubierta y violó la obligación pertinente.²⁰⁰

¹⁹⁹ **Ap. RL-101**, *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., y otros c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI (TLCAN), Laudo, 12 de enero de 2011 (“*Grand River*”), ¶ 177 (traducción del inglés; énfasis añadido).

²⁰⁰ **Ap. RL-54**, *Angel Manuel Seda y otros c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/19/16 (APC Colombia-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 26 de febrero de 2021 (“*Presentación de EE.UU. en Angel Seda*”), ¶ 5 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-55**, *Lion Mexico Consolidated L.P. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/15/2 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019 (“*Presentación de EE.UU. en Lion Mexico*”), ¶ 10 (“El Artículo 1105(1) [del TLCAN] difiere de otras obligaciones sustantivas, como las de los Artículos 1102, 1103 y el segundo párrafo del Artículo 1105, en el sentido de que obliga a una Parte a conceder trato solo a una ‘inversión’. En el contexto de una reclamación por denegación de justicia en virtud del Artículo 1105(1), un demandante (es decir, un inversionista) debe, por lo tanto, demostrar que el trato concedido a su inversión alcanzó el nivel de denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-56**, *Omega Engineering LLC y Sr. Oscar Rivera c. República de Panamá*, Caso CIADI No ARB/16/42 (APC Panamá-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 3 de febrero de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Omega*”), ¶ 46.

121. En este sentido, cabe resaltar que cuando las Partes Contratantes del Tratado quisieron que un estándar de protección abarcara tanto a las inversiones como a los inversionistas, lo indicaron expresamente, como lo hicieron en los casos de las obligaciones de trato nacional y de trato de nación más favorecida (“NMF”) del Tratado.²⁰¹ No distinguir los estándares que protegen solo a las inversiones de otros estándares que protegen tanto a las inversiones como a los inversionistas sería dejar sin efecto útil los términos diferentes de estas disposiciones.²⁰²

²⁰¹ Ver **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.3 (“1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio. 2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones.”), Artículo 10.4 (“1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio. 2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.”) (énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-285**, Patrick Dumberry, THE FAIR AND EQUITABLE TREATMENT STANDARD: A GUIDE TO NAFTA CASE LAW ON ARTICLE 1105 (Kluwer Law International 2013), pp. 56-57 (“La primera característica notable del Artículo 1105 [del TLCAN] es que ofrece protección a ‘las inversiones de los inversionistas’, y no a los inversionistas mismos. Este matiz fue implícitamente reconocido por el tribunal en *Grand River*. El lenguaje del Artículo 1105 contrasta con aquel adoptado en otras partes del Capítulo 11 (por ejemplo, en los Artículos 1105(2), 1102 y 1103) en donde la protección es acordada conjuntamente a las inversiones y los inversionistas.”) (traducción del inglés; énfasis omitido).

²⁰² Ver por ejemplo, **Ap. RL-280**, *Wintershall*, ¶ 165 (“No hay nada tan arraigado como regla común de interpretación en todo los sistemas de derecho que la que dispone que una cláusula debe interpretarse de manera tal que se le atribuya un sentido en lugar de privarla de él. Se trata sencillamente de una aplicación del principio jurídico más amplio de la eficacia que exige pronunciarse a favor de una interpretación que otorgue a todas las disposiciones del tratado un ‘*effet utile*’.”); **Ap. RL-271**, T. Gazzini, INTERPRETATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES, p. 170 (“[L]as partes contratantes compartían su opinión expresada por la CDI que [el principio de efectividad] se encuentra implícito por medio de los principios de buena fe y del criterio del ‘objeto y fin’. . . . Por lo tanto, el intérprete debe asumir que todas las palabras y expresiones usadas en un tratado contribuyen a la definición de los derechos y obligaciones de las partes. En otras palabras, la interpretación que le da cierto significado a estos términos y expresiones debe prevalecer sobre cualquier interpretación que las torne redundantes.”) (traducción del inglés).

122. Ante el texto claro del Artículo 10.5.1 del Tratado – interpretado en su contexto – los Demandantes recurren al Artículo 10.5.2 para respaldar su posición, alegando que dicha disposición se refiere al “nivel mínimo de trato a los extranjeros” y sosteniendo, basándose en la decisión del caso *Lion c. México*, que la referencia a los “extranjeros” implica que la cobertura también incluye a los inversionistas.²⁰³ Ese razonamiento es claramente erróneo, fundamentalmente por dos motivos. Primero, porque el hecho que el estándar sea equivalente al “nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario” nada dice respecto a la aplicación de ese estándar a los inversionistas (dicho de otro modo, sólo establece un parámetro, pero no dice a quién se le concede esa protección). Segundo, porque esa interpretación ignora lo que expresamente dice luego el texto de esa disposición, que aclara que el nivel mínimo de trato será “proporcionado a las inversiones cubiertas”, o sea no incluyendo a los inversionistas.

123. Los Demandantes asimismo tratan – sin éxito – de diferenciar los casos citados por Colombia en respaldo de este argumento. En el caso *Nelson c. México*, el tribunal advirtió que, conforme al primer párrafo del Artículo 1105 del TLCAN (prácticamente idéntico al Artículo 10.5.1 del Tratado), quedaba claro que la obligación de otorgar TJE se limitaba al trato de las inversiones y que, por lo tanto, era necesario

²⁰³ Memorial de Contestación, ¶¶ 38-39; **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.2 (“Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas”). (énfasis añadido). Cabe recordar que la firma de abogados que representa a los Demandantes representaba a México en ese caso y defendía la postura que aquí sostiene Colombia. Ver **Ap. RL-282**, *Lion Mexico Laudo*, ¶ 356 (“El primer argumento de México se basa en una lectura literal del Art. 1105 del TLCAN, que establece que México ‘otorgará a las inversiones de los inversionistas’ de las otras Partes del tratado un trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. El Demandado sostiene que el Art. 1105 sólo extiende la protección a las inversiones, pero no a los inversionistas”).

precisar cuáles eran aquellas inversiones susceptibles de violaciones.²⁰⁴ Como bien apuntan los Demandantes, el tribunal reconoció que “la inversión que no [habría recibido] trato justo y equitativo es Tele Fácil” y que “[l]as [p]artes no [controvirtieron] que Tele Fácil sea una inversión protegida por el Capítulo XI del TLCAN”.²⁰⁵ Sin embargo, en este caso, todas las reclamaciones de los Demandantes se refieren a supuestas acciones de Colombia que los habrían afectado a ellos como supuestos inversionistas (no a sus inversiones) y, en consecuencia, se encuentran fuera del alcance del Tratado.

124. De manera similar, en el caso *Belokon c. Kirguistán*, el tribunal advirtió que el Artículo 2.2 del TBI Kirguistán-Letonia (prácticamente idéntico al Artículo 10.5.1 del Tratado) solo exigía TJE a las inversiones y que, por lo tanto, cualquier alegación que no se relacionara con la inversión no podía ser considerada bajo este estándar.²⁰⁶ Contrario a lo que sugieren los Demandantes, este entendimiento del tribunal con respecto al

²⁰⁴ **Ap. RL-57**, *Sr. Joshua Dean Nelson c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/17/1 (TLCAN), Laudo Final, 5 de junio de 2020, ¶ 312 (“A partir del texto del tratado, queda claro que la obligación de otorgar trato justo y equitativo se limita al trato de ‘las inversiones de los inversionistas’. Por ende, antes de revisar las alegaciones de trato injusto e inequitativo del Demandante, el Tribunal debe primero aclarar cuál es la inversión que, según el Demandante, sufrió trato injusto e inequitativo”). (énfasis añadido). En este sentido, el tribunal sostuvo que “[n]o es un punto controvertido para las Partes, y al Tribunal le resulta claro que, en los términos del Artículo 1139 del TLCAN [que establece, entre otras cosas, que ‘inversión’ significa ‘una empresa’], hay una empresa (Tele Fácil) que constituye una inversión”. *Id.*, ¶ 223. *Ver también id.*, ¶ 314 (“[s]egún el Demandante, la inversión que no recibió trato justo y equitativo es Tele Fácil” y “[l]as Partes no controvierten que Tele Fácil sea una inversión protegida por el Capítulo XI del TLCAN”).

²⁰⁵ *Id.*, ¶ 314; Memorial de Contestación, ¶ 40.

²⁰⁶ **Ap. RL-58**, *Valeri Belokon c. República de Kirguistán*, CNUDMI, Laudo, 24 de octubre de 2014 (“*Belokon*”), ¶¶ 245, 251 (“El TBI [Tratado Bilateral de Inversiones] sin embargo solo exige TJE de acuerdo con las ‘inversiones de los inversionistas de cualquiera de las partes contratantes’. Inversiones es un término definido en el TBI y no abarca a los *antiguos* directores y gerentes de Manas Bank. Por lo tanto, el Tribunal no considera que tenga competencia para considerar los procedimientos penales, por más abusivos que sean, en su análisis bajo el estándar de TJE de este TBI en particular, excepto que formen un patrón que pueda ser relevante para evaluar el contexto en su conjunto. . . . La última de estas dos alegaciones, aunque comprensiblemente grave, no puede ser considerada bajo este TBI como una violación del estándar de TJE, ya que no se relaciona con la inversión en Manas Bank”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

Artículo 2.2 del TBI Kirguistán-Letonia llevó al rechazo de las alegadas violaciones del estándar de TJE que habrían sufrido “los anteriores directores y la anterior administración”.²⁰⁷ Los Demandantes asimismo fracasan en su intento de distinguir las demás autoridades legales que citó Colombia.²⁰⁸

125. En suma, la reclamación de los Demandantes no es susceptible de constituir una violación de la obligación de TJE prevista en el Tratado porque esta únicamente protege a las inversiones, y no a los inversionistas. Ninguna de las alegaciones de los Demandantes se vincula con acciones de Colombia que hayan afectado a su supuesta inversión cubierta, por lo que no han demostrado un caso *prima facie* de violación del estándar de TJE.

²⁰⁷ *Id.*, ¶¶ 245, 251; Memorial de Contestación, ¶ 40. El tribunal tan solo consideró dichas alegaciones en el marco del Artículo 2.3 del TBI Kirguistán-Letonia (*i.e.*, “*non-impairment clause*” o “cláusula de no deterioro”), que – como bien reconocen los Demandantes – no encuentra ninguna analogía en el Tratado. Memorial de Contestación, ¶¶ 40-41, n. 75. Para ello, el tribunal siempre hizo hincapié en la inversión del inversionista, y no en “los anteriores directores y la anterior administración” o el inversionista propiamente dicho. Ver **Ap. RL-58**, *Belokon*, ¶¶ 264, 267-268, 272.

²⁰⁸ Esas otras autoridades citadas por Colombia son claramente relevantes a la discusión. Ver **Ap. RL-59**, Jeswald Salacuse, *THE LAW OF INVESTMENT TREATIES* (2d. ed., Oxford 2015), p. 281 (“Al igual que las disposiciones sobre trato nacional, las cláusulas de NMF se formulan de diferentes maneras en los distintos tratados. En consecuencia, el alcance de la protección que ofrece la cláusula y las excepciones estipuladas varían de un tratado a otro. Por ejemplo, algunos tratados conceden el trato de NMF solo a las *inversiones* de una contraparte del tratado, mientras que otros lo conceden a los *inversionistas*. . . . Como resultado de la amplia variedad de formulaciones de trato de NMF que se encuentran en los tratados de inversión, las personas que los interpretan deben centrarse cuidadosamente en el lenguaje particular del tratado en cuestión y no deben asumir que la naturaleza y el alcance de la protección son uniformes entre los tratados.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-60**, Comisión de Derecho Internacional, *Final Report of the Study Group on the Most-Favoured-Nation Clause*, 2(2) YEARBOOK OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION (2015), ¶ 69 (“En los acuerdos de inversión, la obligación se especifica generalmente como la concesión del trato de NMF al ‘inversionista’ o a su ‘inversión’. Algunos acuerdos limitan el beneficio de una disposición de NMF a la inversión.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Resulta curioso que los Demandantes critiquen el hecho de que Colombia haya citado doctrina que se refiere a la misma distinción en el contexto de las cláusulas de NMF y no de TJE (Memorial de Contestación, ¶ 41), pero luego citen en apoyo de su posición el Informe de la CDI sobre Cláusulas de NMF (Memorial de Contestación, ¶ 37). Ese es solo un ejemplo de los tantos argumentos contradictorios que efectúan los Demandantes. De todas formas, la distinción que ciertas disposiciones de un tratado de inversiones sólo protegen a las inversiones y no a los inversionistas es igualmente válida tanto en el contexto de TJE como de NMF.

(b) El Estándar de TJE en el Tratado se Encuentra Limitado al Nivel Mínimo de Trato Conforme al Derecho Internacional Consuetudinario

126. Colombia también señaló en su Memorial que el Artículo 10.5 del Tratado explícitamente limita la obligación de TJE al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.²⁰⁹ El texto de esta disposición expresa en términos inequívocos que el concepto de TJE “no requiere[] un trato adicional o más allá del requerido por [el] estándar [del nivel mínimo de trato acorde con el derecho internacional consuetudinario] y no crea[] derechos adicionales significativos”.²¹⁰

127. Ante la claridad del texto, resulta insólito que los Demandantes no reconozcan que se equivocaron al afirmar – en su Notificación de Arbitraje – que el Tratado “no define el término ‘trato justo y equitativo’”.²¹¹ En cambio de reconocer ese error, en su Memorial de Contestación los Demandantes optan por argumentar que no existe diferencia entre el estándar autónomo de TJE y el nivel mínimo de trato bajo el derecho internacional consuetudinario (por cierto, otro argumento insólito), y sostienen que de todas formas el derecho internacional consuetudinario ha evolucionado desde el caso *Neer c. México*, por lo que la distinción sería irrelevante.²¹² Ninguno de esos argumentos tiene mérito alguno.

²⁰⁹ Memorial, ¶¶ 193-200.

²¹⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.5.

²¹¹ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 101-102. Contradictoriamente, en la acción de tutela presentada por Foster Wheeler y Process Consultants en 2018, reconocieron que la obligación de TJE bajo el Tratado es “de conformidad con el derecho internacional consuetudinario”. **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 7-8; Memorial, n. 382.

²¹² Memorial de Contestación, ¶¶ 44-50. A tal efecto, los Demandantes incluso tergiversan una presentación de Colombia en el caso *Eco Oro* – que no es pública –, alegando que “la misma Colombia aceptó recientemente en otro arbitraje del CIADI que la pertinencia del trato formulado *Neer* era objetable”. *Id.*, ¶ 2. *Ver también id.*, ¶ 49, n. 5. Sin embargo, lo único que Colombia señaló en el caso *Eco Oro*, y que surge de la decisión del tribunal, es que, independientemente de que *Neer* haya evolucionado o no, sigue

128. El primer argumento de los Demandantes no reviste mayor análisis. Es obvio que el estándar de TJE autónomo no es equivalente al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario. No tendría ningún sentido que los Estados pusiesen tanto empeño en definir el contenido de la obligación de TJE en sus tratados de inversiones, restringiéndolo al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, si no existiera diferencia alguna. Además, esa interpretación sería contraria al propio texto y sentido del Artículo 10.5.2 del Tratado, que establece que el concepto de TJE no requiere “un trato adicional o más allá del requerido por [el] estándar del nivel mínimo de trato”, lo que sería una aclaración innecesaria si ambos estándares fuesen equivalentes.²¹³ La distinción entre ambos estándares fue incluso reconocida por el propio tribunal en *Eco Oro c. Colombia*, una de las decisiones más citadas por los Demandantes:

El Tribunal también acepta que Colombia no está bajo ninguna obligación de exceder este estándar y, debido a que no está considerando un estándar autónomo de TJE sino un estándar “mínimo”, el Tribunal acepta adicionalmente que la obligación no debe ser interpretada de forma expansiva.²¹⁴

siendo relevante para la interpretación del TJE bajo el nivel mínimo de trato, y que el umbral para su violación es elevado, tal como lo han reconocido numerosos tribunales arbitrales. Ver **Ap. CL-50**, *Eco Oro*, ¶ 734 (“Colombia no sostiene que el estándar aplicable para Eco Oro continúe siendo definido por [el caso *Neer*][,] sin embargo[, el caso *Neer*] sigue siendo relevante para la interpretación del estándar de NMT TJE y diversos tribunales han confirmado subsecuentemente que el umbral para su violación es elevado”.) (traducción del inglés). Ver también *id.*, ¶ 705 (señalando que Colombia argumentaba que el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario “todavía se encontraba basado en *Neer*”.) (traducción del inglés).

²¹³ En efecto, dicha interpretación sería contraria al principio interpretativo de *effet utile*. Ver n. 202, *supra*.

²¹⁴ **Ap. CL-50**, *Eco Oro*, ¶ 745 (traducción del inglés).

129. La posición de Colombia en este caso coincide con la posición de los Estados Unidos – la otra Parte Contratante del Tratado – que, en sus presentaciones como parte no contendiente, ha confirmado que:

Este texto [es decir, el del Artículo 10.5 del Tratado] demuestra la intención expresa de las Partes de establecer el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario como el estándar aplicable en el Artículo 10.5. El nivel mínimo de trato es un concepto general que refleja un conjunto de normas que, con el tiempo, se ha cristalizado en el derecho internacional consuetudinario en contextos específicos. La norma establece un “piso mínimo por debajo del cual no debe caer el trato a los inversionistas extranjeros”.²¹⁵

130. El segundo argumento de los Demandantes tampoco tiene ningún fundamento. No es cierto que el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario haya evolucionado al punto de igualarse al estándar de TJE autónomo, como erróneamente sostienen los Demandantes. Esa afirmación demuestra un profundo desconocimiento acerca de cómo evoluciona el derecho internacional consuetudinario.

²¹⁵ **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 32 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-62**, *Michael Ballantine y Lisa Ballantine c. República Dominicana*, Caso CPA No. 2016-17 (DR-CAFTA), Presentación de los Estados Unidos de América, 6 de julio de 2018 (“*Presentación de EE.UU. en Ballantine*”), ¶ 17; **Ap. RL-63**, *Bay View Group y The Spalena Company c. República de Ruanda*, Caso CIADI No. ARB/18/21 (TBI Ruanda-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 19 de febrero de 2021 (“*Presentación de EE.UU. en Bay View*”), ¶ 37; **Ap. RL-65**, *Elliott Associates, L.P. c. República de Corea*, Caso CPA No. 2018-51 (TLC KORUS), Presentación de los Estados Unidos de América, 7 de febrero de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Elliott Associates*”), ¶ 13; **Ap. RL-66**, *Gramercy Funds Management LLC, y Gramercy Peru Holdings LLC c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2 (APC Perú-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 21 de junio de 2019 (“*Presentación de EE.UU. en Gramercy*”), ¶ 31; **Ap. RL-67**, *Italba Corporation c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/16/9, Presentación de los Estados Unidos de América, 11 de septiembre de 2017 (“*Presentación de EE.UU. en Italba*”), ¶ 18; **Ap. RL-68**, *Mason Capital, L.P y Mason Management LLC c. Gobierno de la República de Corea*, Caso CPA No. 2018-55 (TLC KORUS), Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de febrero de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Mason*”), ¶ 10; **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 14; **Ap. RL-286**, *Legacy Vulcan, LLC c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/19/1 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 7 de junio de 2021 (“*Presentación de EE.UU. en Legacy Vulcan*”), ¶ 4; **Ap. RL-287**, *Alicia Grace y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/4 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 24 de agosto de 2021 (“*Presentación de EE.UU. en Alicia Grace*”), ¶ 68.

131. En el caso *North Sea Continental Shelf*, la Corte Internacional de Justicia articuló los principios que rigen la evolución del derecho internacional consuetudinario de la siguiente manera:

Aunque el paso de sólo un corto período de tiempo no es necesariamente, o por sí mismo, un obstáculo para la formación de una nueva norma de derecho internacional consuetudinario sobre la base de lo que originalmente era una regla puramente convencional, un requisito indispensable sería que dentro del período en cuestión, por breve que sea, la práctica de los Estados, incluida la de los Estados cuyos intereses se vean especialmente afectados debería ser extensa y virtualmente uniforme en el sentido de la provisión invocada; – y además debería haber ocurrido de tal manera que demuestre un reconocimiento general de que una regla de derecho u obligación legal está involucrada. . . .

[I]ncluso si estas instancias de acción llevadas a cabo por Estados que no sean parte del Tratado fueran mucho más numerosas de lo que realmente son, no bastarían, ni siquiera en conjunto, por sí mismos constituir la *opinio juris*; – porque, para lograr este resultado, se deben cumplir dos condiciones. Los actos en cuestión no solo deben equivaler a una práctica establecida, sino que también deben ser tales, o llevarse a cabo de tal manera, que sean evidencia de una creencia de que esta práctica se vuelve obligatoria por la existencia de una regla de derecho que los requiera. La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en la noción misma de *opinio juris sive necessitatis*. Por tanto, los Estados interesados deben sentir que están actuando conforme a lo que equivale a una obligación legal. La frecuencia, o incluso el carácter habitual de los actos no es en sí mismo suficiente. Hay muchos actos internacionales, por ejemplo, en el campo de ceremonial y protocolo, que se realizan casi invariablemente, pero que están motivados sólo por consideraciones de cortesía, conveniencia o tradición, y no por ningún sentido de obligación legal.²¹⁶

²¹⁶ **Ap. CL-85**, *North Sea Continental Shelf (República Federal de Alemania/Dinamarca; República Federal de Alemania/Holanda)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 20 de febrero de 1969, I.C.J. REPORTS 3 (1969), ¶¶ 74, 77 (traducción del inglés; énfasis añadido).

132. La decisión de la Corte Internacional de Justicia ha sido reafirmada en repetidas ocasiones por la jurisprudencia y doctrina internacionales.²¹⁷ En sentido concordante, el Anexo 10-A del Tratado define expresamente el concepto de “derecho internacional consuetudinario” como “una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal”.²¹⁸

133. Aplicando esos principios a este caso en concreto, no cabe duda de que la postura de los Demandantes con respecto a la evolución del contenido del estándar de TJE no cuenta con el consenso necesario para constituir una norma de derecho

²¹⁷ **Ap. CL-84**, *Jurisdictional Immunities of the State (Alemania c. Italia: Grecia interviniendo)* Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 3 de febrero de 2012, I.C.J. REPORTS 99 (2012), ¶ 55 (“En particular . . . la existencia de una regla de derecho internacional consuetudinario requiere que exista una ‘práctica establecida’ junto con *opinio juris*.”) (traducción del inglés), **Ap. CL-86**, *Continental Shelf (Libia Árabe Jamahiriya/Malta)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 3 de junio de 1985, I.C.J. REPORTS 13 (1985), ¶ 27 (“Es por supuesto axiomático que el contenido del derecho internacional consuetudinario debe buscarse principalmente en la práctica real y la *opinio juris* de los Estados.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-288**, Comisión de Derecho Internacional, *Borrador de conclusiones sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario, con comentarios*, 2(2) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (2018), Conclusión No. 2, p. 124 (“Para determinar la existencia y el contenido de una norma de derecho internacional consuetudinario, es necesario determinar si existe una práctica general que se acepta como derecho (*opinio juris*)”). (traducción del inglés).

²¹⁸ **Ap. RL-1**, Tratado, n. 3 y Anexo 10-A; Memorial, n. 384. Ver también **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 33 (“El Anexo 10-A del APC Colombia-EE.UU. aborda la metodología para determinar si una norma de derecho internacional consuetudinario cubierta por el Artículo 10.5 se ha cristalizado. El Anexo expresa ‘el común entendimiento [de las Partes de] que el “derecho internacional consuetudinario”, de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo 10.5. resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal’. Por lo tanto, en el Anexo 10-A las Partes confirmaron su entendimiento y aplicación de este enfoque doble – práctica estatal y *opinio juris* – que corresponde a la práctica estándar de los Estados y de los tribunales internacionales, incluyendo a la Corte Internacional de Justicia.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-287**, *Presentación de EE.UU. en Alicia Grace*, ¶ 69; **Ap. RL-286**, *Presentación de EE.UU. en Legacy Vulcan*, ¶ 5. Si bien los Demandantes citan el Anexo 10-A y sostienen que esta definición afirma la definición generalmente aceptada del derecho internacional consuetudinario (Memorial de Contestación, ¶ 47), no se entiende cómo esta definición puede apoyar su posición, si lo que justamente demuestra es que la evolución del derecho internacional consuetudinario requiere de una práctica establecida y de *opinio juris*, y los Demandantes no han presentado ninguna evidencia, ni siquiera *prima facie*, de una práctica establecida ni mucho menos de *opinio juris* para sostener que el nivel mínimo de trato ha evolucionado.

internacional consuetudinario.²¹⁹ Ello ha sido confirmado tanto por los Estados²²⁰ y sus tratados modelo,²²¹ como por tribunales²²² y doctrinarios.²²³

²¹⁹ Ver por ejemplo, **Ap. RL-171**, *Mobil Investments Canada Inc. & Murphy Oil Corporation c. Canadá (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4 (TLCAN), Decisión Sobre Responsabilidad y Principios de Quantum, 22 de mayo de 2012 (“*Mobil*”), ¶¶ 123, 152, 153 (“El Demandado . . . argumenta que ‘[l]os Demandantes no [han presentado] evidencia de práctica estatal ni de opinio juris para sustentar su afirmación de que el nivel mínimo de trato para inversionistas extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario incluye la protección a las expectativas legítimas o la obligación [en cabeza del Demandado] de garantizar un marco regulatorio estable para inversiones extranjeras’ . . . [E]l Tribunal procede a resumir el estándar aplicable en relación con el Artículo 1105 [del TLCAN] a continuación: (1) el nivel mínimo de trato garantizado por el Artículo 1105 [del TLCAN] corresponde al derecho internacional consuetudinario en materia de tratamiento de extranjeros; (2) el estándar de trato justo y equitativo en derecho internacional consuetudinario se infringe por aquellas conductas[,] atribuibles a una Parte del TLCAN y que ocasionen pérdidas o daños para el demandante[,] que son arbitrarias, notoriamente injustas, antijurídicas o idiosincráticas, o son discriminatorias y expongan al demandante a prejuicios raciales o regionales, o involucran una ausencia del debido proceso que lleve a un resultado que ofenda la discrecionalidad judicial’ . . . Este estándar no requiere que un Estado mantenga un marco legal y de negocios estable para las inversiones, en caso de que esto implicara que las reglas que gobiernan a una inversión no pueden cambiar, de forma significativa ni modesta. . . Lo que podría exigir un inversionista extranjero bajo el Artículo 1105 [del TLCAN] es que cualquiera de estos cambios sean consistentes con lo dispuesto por el derecho internacional consuetudinario sobre el trato justo y equitativo. Como ya mencionamos, estos estándares están fijados al nivel de proteger frente a conductas escandalosas. Un tribunal arbitral constituido bajo el TLCAN no tiene la función de legislar creando un nuevo estándar que no refleje las reglas existentes de derecho internacional consuetudinario. El Tribunal no encontró ningún material que permita sustentar que las reglas de derecho internacional consuetudinario requieran de que se mantenga o se establezca concretamente el marco legal o de negocios [aplicable a la inversión]”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

²²⁰ Ver por ejemplo, **Ap. RL-289**, TLCAN, *Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11*, 31 de julio de 2001. Dichas Notas interpretativas fueron necesarias precisamente porque ciertos tribunales habían expandido el estándar de trato justo y equitativo más allá de lo que los Estados habían acordado. Si el contenido del estándar bajo derecho internacional consuetudinario fuera coextensivo con el estándar autónomo, las Notas interpretativas no habrían sido necesarias. Ver en ese sentido **Ap. RL-290**, Marcos Orellana, *International Law on Investment: The Minimum Standard of Treatment (MST)*, 1(3) TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT (2004), p. 5 (“Este fue un claro intento por parte de la Comisión de Libre Comercio [del TLCAN] de restringir interpretaciones excesivamente amplias.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-101**, *Grand River*, ¶¶ 174, 176, 181. Ver también **Ap. RL-291**, Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centro América y los Estados Unidos de América, firmado el 5 de agosto de 2004 y en vigor desde el 1 de enero de 2009, Capítulo 10 (Inversión), Artículos 10.5.1-10.5.2; **Ap. RL-292**, Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG), firmado el 30 de octubre de 2016 y provisionalmente en vigor desde el 21 de septiembre de 2017, Capítulo 8 (Inversión), Sección D (Protección de las Inversiones), Artículo 8.10; **Ap. RL-208**, Acuerdo entre Estados Unidos-México-Canadá, firmado el 10 de diciembre de 2019 y en vigor desde el 1 de julio de 2020 (“T-MEC”), Capítulo 14 (Inversión), Artículo 14.6.

²²¹ Ver por ejemplo, **Ap. RL-293**, Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de los Estados Unidos de 2012, Artículo 5(2); **Ap. RL-294**, Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversión Modelo de Holanda de 2019, Artículo 9(2); **Ap. RL-295**, Acuerdo de Promoción y Protección de la Inversión Extranjera Modelo de Canadá de 2021, Artículo 8. Ver también **Ap. RL-296**, Andrew Newcombe y Lluís Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT* (Kluwer International Law 2009), p. 268 (“Existe cierta práctica estatal entre los principales Estados exportadores de capital sugiriendo que el trato

134. En definitiva, a los fines de que exista una violación del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, debe probarse que existió una conducta atroz por parte del Estado, que conmueve, es manifiestamente arbitraria, denegatoria de justicia, evidentemente discriminatoria y sin ningún tipo de justificación. Ese estándar fue expresado en el caso *Neer c. México*,²²⁴ y ha sido ratificado por diversos tribunales de inversión que tuvieron que interpretar cláusulas similares al Artículo 10.5.1. del Tratado.²²⁵ Si bien los Demandantes aquí consideran inapropiado apoyarse en el

justo y equitativo se consideraba un reflejo y sinónimo del estándar mínimo de trato. Por ejemplo, algunos elementos de la práctica de los Estados Unidos, Reino Unido, Suiza y Canadá sugieren que estos Estados consideraron que el trato justo y equitativo reflejaba el estándar mínimo de trato.”.) (traducción del inglés).

²²² Ver por ejemplo, **Ap. CL-196**, *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. y A. S. Baltoil c. República de Estonia*, Caso CIADI No. ARB/99/2, Laudo, 25 de junio de 2001 (“*Genin*”), ¶ 367; **Ap. RL-225**, *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI (TLCAN), Laudo, 26 de enero de 2006, ¶ 194; **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶¶ 602-604, 824; **Ap. RL-70**, *Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)05/02 (TLCAN), Laudo, 18 de septiembre de 2009 (“*Cargill*”), ¶¶ 274, 277, 284, 286.

²²³ Ver por ejemplo, **Ap. RL-297**, J. Roman Picherack, *The Expanding Scope of the Fair and Equitable Treatment Standard: Have Recent Tribunals Gone Too Far?*, 9(4) THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 255 (2008), p. 272; **Ap. RL-290**, M. Orellana, *International Law on Investment: The Minimum Standard of Treatment (MST)*, p. 7; **Ap. RL-298**, Gus Van Harten, *INVESTMENT TREATY ARBITRATION AND PUBLIC LAW* (Oxford University Press 2007), p. 89; **Ap. RL-299**, Graham Mayeda, *Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*, 41(2) JOURNAL OF WORLD TRADE 273 (2007), pp. 274-275; **Ap. RL-300**, Patrick G. Foy y Robert J.C. Deane, *Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement*, 16(2) ICSID REVIEW – FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL 299 (2001), pp. 313-314.

²²⁴ **Ap. RL-69**, *L.F.H. Neer y Pauline E. Neer c. Estados Unidos Mexicanos*, Mexico–U.S. General Claims Commission, Docket No. 136, Opinión, 15 de octubre de 1926, en 21 THE AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 555 (1927) (“*Neer*”), p. 556 (estableciendo que, para que se pueda considerar la existencia de una violación del trato mínimo, el trato conferido a un extranjero “debería equivaler a un atropello, mala fe, negligencia intencional en el cumplimiento del deber, o a una insuficiente acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que toda persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su deficiencia.”.) (traducción del inglés).

²²⁵ Ver por ejemplo, **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶ 824 (“[E]l Demandante no ha demostrado que las medidas individuales adoptadas por los gobiernos federal y del estado de California estén por debajo del nivel mínimo de trato previsto en el derecho internacional consuetudinario y constituyan una violación del artículo 1105 [del TLCAN] en la medida en que no sean flagrantes y escandalosas – una grave denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia descarada, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de motivación.”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-70**, *Cargill*, ¶¶ 284, 286 (“Un aspecto clave de tal adaptación es que, pese a que se abordan más situaciones, se mantiene la exigencia de la gravedad de la conducta conforme se sostuvo en el caso *Neer*. . . . Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación *Neer*, mala fe o negligencia intencional en el

caso *Neer*,²²⁶ esa no fue la opinión de la firma de abogados que representa a los Demandantes cuando actuó en representación de México en el caso *Abengoa c. México*, en donde vigorosamente abogaban por la vigencia del estándar de *Neer*.²²⁷ Más allá de citar algunas decisiones aisladas de otros tribunales de inversiones – que no constituyen una práctica estatal y no pueden crear o probar el derecho internacional consuetudinario²²⁸ – los Demandantes no han citado ninguna fuente legal, ni presentado

cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo”.); **Ap. RL-300**, P. Foy y R. Deane, *Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement*, p. 313 (“Se ha considerado que la conducta de un Estado está por debajo de este estándar cuando el trato que da a los no nacionales es atroz y equivale a un atropello, a negligencia intencional en el cumplimiento del deber o a la insuficiente acción gubernamental que toda persona razonable e imparcial reconocería como deficiente. La conducta de un Estado también será inferior al estándar mínimo cuando se determine que ha habido una denegación, una demora injustificada o una obstrucción del acceso a los tribunales; una deficiencia grave en la administración de los procesos judiciales o correctivos; o un incumplimiento de las garantías que generalmente se consideran indispensables para la debida administración de la justicia”), p. 314 (para determinar que se ha producido una violación del estándar mínimo de trato con arreglo al derecho internacional consuetudinario “el umbral es extremadamente alto” y “se requiere una conducta indignante o atroz para establecer una violación”). (traducción del inglés); **Ap. CL-196**, *Genin*, ¶ 367 (“En virtud del derecho internacional, en general se entiende que este requisito [de trato justo y equitativo] ‘proporciona un estándar básico y general que está separado de la legislación interna del Estado receptor’. Si bien el contenido exacto de este estándar no está claro, el Tribunal entiende que requiere un ‘estándar mínimo internacional’ que esté separado de la legislación nacional, pero que es, de hecho, un estándar mínimo. Los actos que violarían este estándar mínimo incluirían actos que demuestren negligencia intencional en el cumplimiento del deber, una insuficiencia de acción que está muy por debajo de los estándares internacionales, o incluso mala fe subjetiva”). (traducción del inglés; énfasis omitido).

²²⁶ Los Demandantes sostienen que el estándar correcto del nivel mínimo de trato es aquel establecido por el tribunal en el caso *Waste Management c. México II*. Memorial de Contestación, ¶ 50. Incluso si ese fuese el estándar correcto, los Demandantes tampoco han presentado un caso *prima facie* de violación de ese estándar.

²²⁷ **Ap. RL-301**, *Abengoa S.A. y Cofides S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/2, Laudo, 18 de abril de 2013, ¶¶ 11, 416 (“La Demandada afirma que el estándar aplicable de nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario es el que fue establecido por el tribunal en *Glamis Gold*. . . . Y añade que la decisión *Glamis Gold* reconoció la vigencia del estándar aplicado en *Neer*”).

²²⁸ **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶ 605 (“[Los] laudos arbitrales . . . no constituyen (una práctica estatal y[,]) por lo tanto[,]) no pueden crear ni probar derecho internacional consuetudinario”). (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 37 (“[Las] decisiones arbitrales que interpretan disposiciones autónomas de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas contenidas en otros tratados, fuera del contexto del derecho internacional consuetudinario, no pueden evidenciar el contenido del estándar de derecho internacional consuetudinario requerido por el Artículo 10.5 [del Tratado]. En el mismo sentido, las decisiones de tribunales internacionales y de tribunales arbitrales que

ninguna prueba, que respalde la afirmación de que el estándar de nivel mínimo de trato haya evolucionado desde el caso *Neer*.²²⁹

135. A su vez, los Demandantes argumentan que la violación de TJE depende en gran parte de la violación de las expectativas legítimas de los inversionistas.²³⁰ Sin embargo, el nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario no

interpretan el 'trato justo y equitativo' como estándar de derecho internacional consuetudinario no constituyen[,] por sí mismas[,] 'práctica Estatal' a los efectos de evidenciar derecho internacional consuetudinario, aunque dichas decisiones pueden resultar relevantes para establecer práctica estatal en tanto contengan un análisis de dicha práctica. La formulación de una alegada regla de derecho internacional consuetudinario basada[,] en su integridad[,] en laudos arbitrales que no contienen un análisis de práctica estatal ni de *opinio juris* no logra establecer una regla de derecho internacional consuetudinario de acuerdo con el Artículo 10.5 [del Tratado]".) (traducción del inglés); **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶¶ 44-45; **Ap. RL-286**, *Presentación de EE. UU. en Legacy Vulcan*, ¶ 10; **Ap. RL-287**, *Presentación de EE. UU. en Alicia Grace*, ¶¶ 72-73; **Ap. RL-302**, *PACC Offshore Services Holdings Ltd c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/5, Escrito de Contestación de Demanda, 21 de agosto de 2019, ¶ 634 ("En particular, citar a los laudos arbitrales . . . no es un sustituto para establecer que existe un principio de derecho internacional consuetudinario".) (México era representado por Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP en este caso).

²²⁹ Ver **Ap. RL-54**, *Presentación de EE. UU. en Angel Seda*, ¶ 35 ("Corresponde al demandante la carga de establecer la existencia y la aplicabilidad de una obligación relevante de derecho internacional consuetudinario que alcance los estándares de la práctica estatal y *opinio juris*".) (traducción del inglés); **Ap. RL-286**, *Presentación de EE.UU. en Legacy Vulcan*, ¶ 8; **Ap. RL-61**, *Presentación de EE.UU. en Hamadi Al Tamimi*, ¶ 5. Incluso si fuese cierto que el nivel mínimo de trato ha evolucionado desde el caso *Neer*, no es posible sostener que ha evolucionado al punto de incluir la protección de las expectativas legítimas. La firma de abogados que representa a los Demandantes defendió la posición que acá sostiene Colombia en varios casos de inversión en los que representaban a México. Ver por ejemplo, **Ap. RL-303**, *Alicia Grace y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. UNCT/18/4 (TLCAN), Escrito de Dúplica, 12 de julio de 2021, ¶ 591 ("Aunque el estándar pueda evolucionar, 'no hay confirmación de que los Estados, al referirse al TJE en los tratados, quisieran decir algo diferente al nivel mínimo de trato, tal y como se entiende en su sentido clásico'".) (traducción parcial del inglés); **Ap. RL-273**, *Legacy Memorial de Contestación*, ¶ 299 ("En conclusión, el estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario prohíbe una acción que sea 'arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial'. Las alegaciones de violación de la ley nacional, reclamaciones generales de injusticia, y 'expectativas' autodefinidas, no son suficientes para argumentar la violación del estándar de trato justo y equitativo".).

²³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 56. Los Demandantes alegan que Colombia aseveró erróneamente que los Demandantes estaban efectuando reclamaciones de que sus expectativas legítimas habían sido violadas como reclamaciones autónomas, y no como un factor de su reclamación de TJE. *Id.*, ¶ 3. Ello no es cierto. Lo que sostuvo Colombia es que la protección de las expectativas legítimas no es parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, por lo que las alegaciones de los Demandantes sobre la frustración de sus supuestas expectativas legítimas no eran susceptibles de constituir una violación del estándar de TJE bajo el Tratado (que se encuentra limitado al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario). Memorial, ¶ 199.

incluye la protección de las expectativas legítimas, como la ha manifestado en reiteradas oportunidades Estados Unidos – la otra Parte Contratante del Tratado – en sus presentaciones como parte no contendiente,²³¹ y ha sido reafirmado por la propia Corte Internacional de Justicia en el caso *Bolivia c. Chile*:

La Corte observa que se pueden encontrar referencias a expectativas legítimas en laudos arbitrales sobre disputas entre un inversionista extranjero y el Estado receptor que aplican cláusulas de tratados que brindan un trato justo y equitativo. De tales referencias no se deduce que exista en el derecho internacional general un principio que dé lugar a una obligación sobre la base de lo que podría considerarse una expectativa legítima. El argumento de Bolivia basado en expectativas legítimas, por lo tanto, no puede sostenerse.²³²

136. Fiel a su estilo, los Demandantes simplemente ignoran esta decisión trascendental así como también la abundante doctrina y jurisprudencia citada por Colombia, y respaldan su argumento con una serie de citas que discuten el contenido de

²³¹ Memorial, ¶ 199; **Ap. RL-72**, *Lone Pine Resources Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/15/2 (TLCAN), Presentación de los Estados Unidos de América, 16 de agosto de 2017, ¶¶ 26-27 (“El concepto de ‘expectativas legítimas’ no es un elemento constitutivo del ‘trato justo y equitativo’ en el derecho internacional consuetudinario que dé lugar a una obligación independiente del Estado receptor. Un inversionista puede desarrollar sus propias expectativas sobre el régimen jurídico que rige su inversión, pero esas expectativas no imponen ninguna obligación al Estado bajo el nivel mínimo de trato. Los Estados Unidos no tienen conocimiento de ninguna práctica estatal general y coherente ni de ninguna *opinio juris* que establezca una obligación, bajo el nivel mínimo de trato, de no frustrar las expectativas de los inversionistas; al contrario, se requiere algo más que la interferencia con esas expectativas. De hecho, los tribunales que analizan la práctica de los Estados confirman que las expectativas sobre un régimen jurídico determinado no impiden que un Estado adopte medidas regulatorias en el futuro. Los Estados pueden modificar o enmendar sus regulaciones para alcanzar objetivos legítimos de bienestar público y no incurrirán en responsabilidad en virtud del derecho internacional consuetudinario por el mero hecho de que esos cambios interfieran con las ‘expectativas’ de un inversionista sobre el estado de la reglamentación en un sector determinado.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 40; **Ap. RL-62**, *Presentación de EE.UU. en Ballantine*, ¶ 23; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 50; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 38; **Ap. RL-67**, *Presentación de EE.UU. en Italba*, ¶ 25; **Ap. RL-68**, *Presentación de EE.UU. en Mason*, ¶ 18; **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 24; **Ap. RL-287**, *Presentación de EE.UU. en Alicia Grace*, ¶ 81.

²³² **Ap. RL-71**, *Obligación de Negociar Acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Corte Internacional de Justicia, Sentencia del 1 de octubre de 2018, I.C.J. REPORTS 507 (2018), ¶ 162 (traducción del inglés; énfasis añadido).

la obligación de TJE como un estándar autónomo, y no como un estándar limitado al nivel de trato mínimo – como el estándar que contiene el Tratado.²³³ Por ende, todas las autoridades legales que citan los Demandantes resultan irrelevantes para interpretar el Artículo 10.5.1 del Tratado.

137. De todas formas, incluso si se pudiese considerar que la protección de las expectativas legítimas forman parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario (*quod non*), no se configuran en este caso ninguno de los elementos necesarios para que pueda afirmarse que los Demandantes tenían alguna expectativa legítima protegida por el Tratado. En efecto, para que existan expectativas legítimas, estas (i) deben analizarse objetivamente, (ii) al momento de realizar la inversión, (iii) deben ser razonables, y (iv) estar basadas en promesas específicas dirigidas al inversionista.²³⁴

²³³ Memorial de Contestación, ¶¶ 56-58.

²³⁴ Ver **Ap. RL-80**, *Phillip Morris Brands SARL, y otros c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 de julio de 2016 (“*Phillip Morris*”), ¶ 426 (“Se desprende claramente del análisis del estándar de TJE realizado por tribunales en casos de inversión, que las expectativas legítimas dependen de compromisos y declaraciones de naturaleza específica del Estado receptor, expresadas para inducir a los inversores a realizar inversiones”). (énfasis omitido); **Ap. RL-296**, A. Newcombe y L. Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT*, pp. 281-282 (“La jurisprudencia de los AIs [Acuerdos Internacionales de Inversiones] destaca que, para crear expectativas legítimas, la conducta de los Estados debe ser específica e inequívoca. Las observaciones alentadoras por parte de funcionarios gubernamentales no dan lugar por sí mismas a expectativas legítimas. Debe haber una ‘afirmación sin ambigüedades’ o una garantía ‘definitiva, reiterada y sin ambigüedades’. La conducta debe estar dirigida a una persona específica o a un grupo identificable”). (traducción del inglés); **Ap. RL-304**, Rudolf Dolzer y Christoph Schreuer, *PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INVESTMENT LAW* (Oxford University Press 2012), p. 148 (“Las expectativas legítimas no son deseos y percepciones subjetivas; más bien, deben basarse en hechos objetivos verificables”). (traducción del inglés); **Ap. RL-305**, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, Laudo, 11 de septiembre de 2007, ¶ 344 (“Es evidente que no toda esperanza equivale a una expectativa conforme al derecho internacional. La expectativa que una parte en un acuerdo puede tener sobre el cumplimiento regular de la obligación por la otra parte no es necesariamente una expectativa protegida por el derecho internacional. En otras palabras, los contratos implican expectativas intrínsecas de cada parte que no equivalen a expectativas tal como se entienden en el derecho internacional”). (traducción del inglés); **Ap. RL-306**, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. c. República del Líbano*, Caso CIADI No. ARB/07/12, Laudo, 7 de junio de 2012, ¶ 166 (“El estándar de trato justo y equitativo del derecho internacional no depende de la percepción del inversionista frustrado”). (traducción del inglés); **Ap. RL-100**, *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No.

138. Los Demandantes simplemente alegan que Colombia “frustró” sus expectativas legítimas porque supuestamente habría aplicado sus propias leyes incorrecta y discriminatoriamente, no habría protegido los derechos de debido proceso de los Demandantes, habría determinado daños en forma desproporcionada, habría cambiado sus teorías de daños durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal, habría aplicado retroactivamente una ley que ampliaba la jurisdicción de la CGR, y no habría respetado ni protegido los derechos contractuales de los Demandantes.²³⁵

139. Más allá de la falta de veracidad de esas afirmaciones, ninguna de esas alegaciones es susceptible de constituir, *prima facie*, una violación de las “expectativas

ARB/07/19, Decisión sobre Jurisdicción, Ley Aplicable y Responsabilidad, 30 de noviembre de 2012 (“*Electrabel*”), ¶ 7.76 (“[L]as expectativas deben basarse en algo más que meros deseos subjetivos”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-80**, *Phillip Morris*, ¶ 426 (“Las disposiciones de legislación general aplicables a una pluralidad de personas, o de categorías de personas, no crean expectativas legítimas de que no habrá cambios en la legislación”.) (énfasis omitido); **Ap. RL-307**, *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010, ¶ 117 (“La expectativa del inversor es, sin duda, ‘legítima’, y por ello amparada bajo la cláusula de trato justo y equitativo, si el Estado receptor ha asumido expresamente una obligación legal específica para el futuro, como, por ejemplo, mediante contratos, concesiones, cláusulas de estabilización u otros mecanismos que el inversionista pueda invocar como cuestión de derecho”.) (traducción del inglés); **Ap. CL-93**, *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, ¶ 217 (“Excepto cuando el Estado hace promesas o representaciones específicas al inversionista, este último no puede basarse en un tratado de inversión como un tipo de póliza de seguro contra el riesgo de cualquier cambio en el marco legal y económico del Estado receptor. Tal expectativa no sería ni legítima ni razonable”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-308**, *Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. c. Reino de España*, Caso CCE No. 062/2012, Laudo, 21 de enero de 2016, ¶ 495 (“La comprobación de que ha existido vulneración de las expectativas del inversor debe fundarse en un estándar o análisis objetivo, no siendo suficiente la mera creencia subjetiva que pudo haber tenido el inversor al momento de realizar la inversión. Asimismo, la aplicación del principio depende de que la expectativa haya sido razonable en el caso concreto, siendo relevante al respecto las representaciones eventualmente realizadas por el Estado receptor para inducir la inversión”.); **Ap. RL-42**, Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES* (2d ed., Oxford International Arbitration Series 2017), ¶ 7.187 (“[L]a ausencia de declaraciones específicas es un factor significativo para concluir que el estándar no ha sido violado”.) (traducción del inglés).

²³⁵ Memorial de Contestación, ¶ 59. Los Demandantes también argumentan que FPJVC esperaba que Colombia respetara los derechos del Contrato de Servicios celebrado con Reficar. *Id.*, ¶ 61. Más allá del hecho de que Colombia siempre respetó los derechos contractuales del Contrato de Servicios, y no es parte de ese Contrato, ninguna de las alegaciones efectuadas por los Demandantes tiene el más mínimo sustento, ya que la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente de la responsabilidad contractual. Ver Memorial, ¶ 81, nn. 177, 444; n. 118, *supra*.

legítimas” de los Demandantes, que requieren promesas específicas dirigidas a los inversionistas al momento de realizar su inversión. Los Demandantes no mencionan ninguna promesa específica que se les haya efectuado al realizar su presunta inversión de donde podría derivarse una supuesta expectativa legítima – que además fuese razonable y apreciable de manera objetiva.²³⁶ Resulta más que evidente que la larga lista de los Demandantes sobre supuestas acciones atribuibles a Colombia no tiene nada que ver con la frustración de expectativas legítimas.²³⁷

²³⁶ Los Demandantes también citan el caso *Glencore c. Colombia* para respaldar su afirmación de que “las expectativas legítimas pueden también consistir en compromisos específicos, como los términos contractuales entre el Estado y un inversor, diseñados por el Estado”. Memorial de Contestación, ¶ 60. Sin embargo, los Demandantes omiten reparar en que *Glencore* se inició en el marco de un tratado (el TBI Colombia-Suiza) que contiene una definición de TJE que no se encuentra limitada al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, como sucede en el Tratado. Ver **Ap. RL-20**, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/16/6, Laudo, 27 de agosto de 2019 (“*Glencore*”), ¶1304 (“El Art. 4(2) impone una segunda obligación. Colombia debe conceder un tratamiento justo y equitativo [ya definido como ‘TJE’] en su territorio a las inversiones de los inversionistas suizos: ‘Cada Parte deberá garantizar un tratamiento justo y equitativo en su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte’”). Sin perjuicio de ello, vale destacar que el tribunal del caso *Glencore* rechazó todas las reclamaciones relacionadas con las expectativas legítimas que el demandante había alegado que habrían sido generadas contractualmente. Ver *id.*, ¶ 1550 (“En opinión del Tribunal, la conducta de SGC/ANM no vulnera las expectativas legítimas de las Demandantes: Colombia nunca formuló declaraciones ni ofreció garantías a las Demandantes de que su Agencia Minera se abstendría de hacer valer los derechos que le correspondieran con arreglo al Contrato o al derecho colombiano”), ¶ 1552 (“[L]a suscripción de un contrato, incluso si dicho contrato incluye una declaración de que es válido y vinculante, no crea expectativas legítimas respecto de que, si posteriormente una de las partes descubre que existía o ha surgido una supuesta causal de anulación, dicha parte se abstendrá de plantear una controversia ante el foro pertinente. Una interpretación en contrario conllevaría la conclusión general insostenible de que las acciones solicitando la anulación de un contrato se encuentran prohibidas porque dichas acciones incumplirían las expectativas legítimas de la contraparte”). Ver también *id.*, ¶¶ 1410, 1416, 1425, 1427, 1429.

²³⁷ La cita de los Demandantes al caso *Marfin c. Chipre* resulta confusa. Memorial de Contestación, ¶ 62. Ese caso no respalda la afirmación de los Demandantes, sino que por el contrario establece que existen otro tipo de violaciones de una obligación de TJE autónomo, independientemente de la frustración de las expectativas legítimas. Ver **Ap. CL-100**, *Marfin Investment Group Holdings S.A. y otros c. República de Chipre*, Caso CIADI No. ARB/13/27, Laudo, 26 de julio de 2018, ¶¶ 1210-1217. Empero, ese argumento resulta irrelevante en este caso en que la obligación de TJE no es un estándar autónomo, sino un estándar equivalente al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario. Como en este caso los argumentos de los Demandantes se basan en la supuesta frustración de expectativas legítimas, no se entiende la relevancia de *Marfin* para su posición – en donde, por otro lado, no se encontró una violación de un estándar autónomo de TJE.

140. Por lo tanto, toda vez que los Demandantes basan su reclamación en un estándar incorrecto de TJE – que no es el estándar que contiene el Tratado, que limita esa obligación al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario – y que ninguna de sus alegaciones es susceptible de constituir una violación del nivel mínimo de trato, no han presentado un caso *prima facie* de violación del estándar de TJE.

(c) Al No Haberse Iniciado Ningún Procedimiento Judicial, No Pudo Haber Existido una Denegación de Justicia

141. La reclamación de los Demandantes tampoco es susceptible de constituir *prima facie* una denegación de justicia.²³⁸ Si bien Colombia no niega que la denegación de justicia es parte del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, en este caso no se pudo haber configurado una denegación de justicia por el simple hecho de que todavía no se inició ningún procedimiento judicial en el que se cuestione o impugne el Fallo con Responsabilidad Fiscal emitido por la CGR en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal.²³⁹

142. Como ya se ha indicado, conforme al lenguaje expreso del Tratado, la obligación de TJE incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos de

²³⁸ En su Memorial de Contestación, los Demandantes – presumiblemente luego de haberse percatado de la debilidad de su alegación de denegación de justicia, que es fáctica y jurídicamente imposible – han modificado ostensiblemente su argumento sobre TJE y ahora se enfocan principalmente en la supuesta frustración de sus expectativas legítimas. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 51-63. De todas formas, como se explicó anteriormente, las expectativas legítimas no son un elemento constitutivo del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario, por lo que sus argumentos sobre la supuesta frustración de sus expectativas legítimas resultan irrelevantes para determinar si hubo una violación de la obligación de TJE bajo el Tratado.

²³⁹ Memorial, ¶¶ 201-214; ¶¶ 48, 109, *supra*. Resulta necesario reiterar que, al momento del inicio de este Arbitraje (que es el momento relevante para analizar la procedencia de la reclamación), ni siquiera existía una decisión administrativa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, lo que torna aún más absurda la alegación de una denegación de justicia. Ver ¶ 93, *supra*.

naturaleza judicial.²⁴⁰ Así, para que pueda configurarse una denegación de justicia conforme al Tratado, debe existir un procedimiento judicial (en este caso, un procedimiento contencioso administrativo).²⁴¹

143. Para el momento en que presentaron su Notificación de Arbitraje, ni siquiera se había emitido un acto administrativo definitivo en el Proceso de Responsabilidad Fiscal que fuese susceptible de control judicial.²⁴² Ahora, si bien ya se emitió el Fallo con Responsabilidad Fiscal (una decisión administrativa) en el Proceso de Responsabilidad Fiscal (el procedimiento administrativo), no se ha iniciado aún un procedimiento judicial ante las cortes colombianas de la jurisdicción contencioso administrativa.²⁴³ Sin que se haya iniciado un procedimiento judicial, no es posible siquiera alegar la existencia de una denegación de justicia.

144. Una denegación de justicia requiere, por definición, de una decisión final del poder judicial del Estado²⁴⁴ y el estándar requerido para su configuración es

²⁴⁰ Ver ¶ 98, *supra*; Memorial, nn. 179, 398; **Ap. RL-1**, Artículo 10.5.2(a).

²⁴¹ Ello es incluso respaldado por una de las autoridades legales citadas por los Demandantes. Ver **Ap. CL-183**, Christoph Schreuer, *Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration*, 4 THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 1 (2005), p. 14 (“La idea de que una violación de estándares internacionales sustantivos ha ocurrido solo después que se ha buscado remediarlo exhaustivamente por medio de las cortes locales no resulta para nada sorprendente en el contexto de una alegada denegación de justicia. La denegación de justicia es cometida típicamente por el poder judicial y se materializa solo si la decisión incriminatoria ha sido apelada sin éxito.”) (traducción del inglés).

²⁴² **Ap. RL-24**, Código Administrativo, Artículos 43, 75.

²⁴³ Pese a que los Demandantes tratan de generar confusión respecto a la naturaleza del Proceso de Responsabilidad Fiscal, resulta incuestionable que se trata de un procedimiento administrativo y no de un procedimiento contencioso administrativo. Ver ¶ 98, *supra*.

²⁴⁴ Memorial, ¶¶ 202-206; **Ap. RL-41**, *Corona Laudo*, ¶ 248 (“[E]l Tribunal no considera que un acto administrativo, *per se*, y particularmente en el primer nivel jerárquico de la toma de decisiones, puede constituir una denegación de justicia conforme al derecho internacional consuetudinario toda vez que otros recursos o posibilidades de apelación estén potencialmente disponibles de conformidad con la legislación nacional.”) (énfasis añadido); **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 47 (“Por las razones anteriores, las medidas judiciales pueden constituir la base de una reclamación en virtud del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario en virtud del Artículo 10.5.1 solo si son finales y si se

extremadamente elevado.²⁴⁵ El hecho de que todavía existan múltiples recursos judiciales contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal es por sí mismo suficiente para que se considere que no se ha configurado un caso *prima facie* de denegación de justicia.²⁴⁶

demuestra que se ha producido una denegación de justicia. De lo contrario, sería imposible evitar que los tribunales del Capítulo Diez se convirtieran en tribunales de apelación supranacionales en cuestiones relativas a la aplicación del derecho interno, lo que el derecho internacional consuetudinario no permite”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

²⁴⁵ Ver **Ap. RL-80**, *Phillip Morris*, ¶ 499 (“Se requiere un estándar de prueba elevado para concluir que existe denegación de justicia debido a la gravedad de una imputación que condena al sistema judicial de un Estado como tal. Se puede presentar un reclamo de denegación de justicia sólo después de que se hayan agotado todos los medios ofrecidos por el sistema judicial del Estado para reparar la denegación de justicia”). (énfasis añadido); **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 46. (“El alto umbral requerido para que las medidas judiciales alcancen el nivel de denegación de justicia en el derecho internacional consuetudinario tiene debidamente en cuenta el principio de independencia judicial, la naturaleza particular de la acción judicial y el estatus único del poder judicial tanto en los sistemas jurídicos internacionales como locales”). (traducción del inglés; énfasis añadido); Memorial, n. 400. Además, esta es también la posición que defendió la firma de abogados que representa a los Demandantes cuando representaba a México en el caso *Lion c. México*, que es justamente una de las decisiones que citan. **Ap. RL-282**, *Lion Mexico Laudo*, ¶¶ 10, 281 (“México enfatiza que el estándar de denegación de justicia es muy alto, resumiendo su alcance en las siguientes palabras: ‘El umbral para demostrar la denegación de justicia es muy alto: por ejemplo, se requiere una administración de justicia “notoriamente injusta” o “escandalosa” “que ofenda el sentido de la corrección judicial”. No basta con establecer que los jueces nacionales se han equivocado, o han aplicado o interpretado incorrectamente el derecho interno”).

²⁴⁶ Memorial, ¶ 206; **Ap. RL-82**, *Alps Finance c. República Eslovaca*, CNUDMI, Laudo, 5 de marzo de 2011, ¶¶ 251-252 (“[L]a Demandada ha objetado de forma convincente que la Demandante aún disponía de otros recursos en el derecho interno para tratar de obtener la revisión de la sentencia que consideraba perjudicial para sus intereses. La falta de agotamiento de los recursos internos es *per se* suficiente para excluir la responsabilidad de los Estados en derecho internacional por las acciones u omisiones de su poder judicial. En conclusión, la prueba *prima facie* de una reclamación plausible en virtud del tratado está lejos de cumplirse”). (traducción del inglés); **Ap. RL-83**, *Flughafen Zurich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014, ¶ 392 (“No puede existir responsabilidad internacional de un Estado por denegación de justicia si existe un remedio interno efectivo contra la decisión interna que es atacada”).; **Ap. RL-84**, *Apotex Inc. c. Gobierno de los Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. UNCT/10/2 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 14 de junio de 2013, ¶ 276 (“El Tribunal comprende la posición de Apotex, y puede apreciar fácilmente que en su momento se decidió que era poco probable que una petición ante el Corte Suprema de los Estados Unidos concediera la reparación deseada. Sin embargo, como ha observado la Demandada, según los principios establecidos, la cuestión relativa a si la falta de obtención de la firmeza judicial puede excusarse por ‘futilidad evidente’ gira en torno a la falta de disponibilidad de recursos ante una autoridad judicial superior, y no en la medición de la probabilidad de que la autoridad judicial superior concediera la reparación deseada. En este caso, el Tribunal no está convencido de que se haya alcanzado la última instancia, como para permitir una reclamación en virtud del TLCAN con respecto a las decisiones judiciales en cuestión”). (traducción del inglés); **Ap. RL-55**, *Presentación de EE.UU. en Lion Mexico*, ¶¶ 12-13 (“[L]as decisiones de los tribunales inferiores que pueden corregirse mediante una apelación, por ejemplo, no han producido una denegación de justicia y no pueden ser la base de una reclamación en virtud del Capítulo Once del TLCAN. Como tal, los actos judiciales que no sean finales no pueden servir como base de reclamaciones en virtud del Capítulo Once del TLCAN, a menos que el recurso a otros

145. Los Demandantes pretenden que no se aplique ese estándar elevado alegando que impugnar el Fallo con Responsabilidad Fiscal ante las cortes colombianas de la jurisdicción contencioso administrativa sería fútil o manifiestamente inefectivo.²⁴⁷ Sin embargo, dicha alegación no se encuentra respaldada por la más mínima prueba. Por el contrario, como señaló Colombia en su Memorial, existen numerosos ejemplos de fallos con responsabilidad fiscal emitidos por la CGR que han sido dejados sin efecto o revertidos, total o parcialmente, luego de que se interpusieran los recursos judiciales disponibles.²⁴⁸

146. Dejando a un lado el texto y alcance de la obligación de denegación de justicia bajo el Artículo 10.5.2(a) del Tratado, y ante la ausencia de decisiones que respalden la posibilidad de que se configure una denegación de justicia en un procedimiento administrativo, los Demandantes recurren a una serie de decisiones arbitrales en las cuales se encontró una denegación de justicia en procedimientos judiciales. Todas esas decisiones resultan inaplicables al presente caso, y de hecho respaldan la posición de Colombia de que una denegación de justicia solo puede darse

remedios internos sea evidentemente fútil o manifiestamente ineficaz. Por el contrario, un acto de un tribunal nacional que sigue siendo susceptible de apelación no ha madurado hasta convertirse en el tipo de acto final que es suficientemente definitivo para implicar la responsabilidad del Estado, a menos que ese recurso sea evidentemente fútil o manifiestamente ineficaz".) (traducción del inglés).

²⁴⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 17-18.

²⁴⁸ Memorial, ¶ 209, n. 417. El hecho de que Colombia trate de ejecutar el Fallo con Responsabilidad Fiscal no tiene ninguna relación con la eventual futilidad e inefectividad de los recursos judiciales disponibles para impugnar ese acto administrativo. La CGR tiene la obligación legal de ejecutar el Fallo con Responsabilidad Fiscal una vez que este se encuentra firme a nivel administrativo, pero los Demandantes tienen también el derecho de solicitar su nulidad ante los tribunales judiciales con jurisdicción en lo contencioso administrativo, e incluso pueden solicitar la suspensión de la ejecución del Fallo en el marco de ese proceso judicial. Asimismo, los Demandantes se encuentran facultados para ejercer libremente su derecho de defensa en el marco del proceso de cobro coactivo que puede iniciarse contra ellos para ejecutar el Fallo con Responsabilidad Fiscal, y el remate de los activos que eventualmente se embarguen no se realizará hasta tanto no se resuelvan todos los recursos judiciales de impugnación del Fallo que presenten. *Ver* Memorial, ¶¶ 115-120; Respuesta a Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 34, 37; ¶ 57, *supra*.

en el contexto de un proceso judicial que, como ya indicamos, no se ha iniciado en este caso.

147. Resulta particularmente curioso que los Demandantes citen el caso *Loewen c. Estados Unidos*,²⁴⁹ cuando el tribunal en aquel caso no encontró que existiera una denegación de justicia porque el demandante no había agotado todos los recursos judiciales locales.²⁵⁰ Eso es precisamente lo que alega Colombia en este caso. Es más, el tribunal en *Loewen* reafirmó que “[como] última instancia, la falla de una nación de proveer medios adecuados de reparación puede constituir un ilícito internacional pero solamente como última instancia”.²⁵¹ En el presente caso, los Demandantes ni siquiera han interpuesto a la fecha una acción judicial de nulidad contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal de la CGR, lo que torna aún más absurda la comparación que intentan con el caso *Loewen*.²⁵²

148. La decisión de *Chevron c. Ecuador* que citan los Demandantes tampoco apoya su posición.²⁵³ En primer lugar, en *Chevron* ya existía una decisión judicial en firme, confirmada por la Corte Constitucional de Ecuador.²⁵⁴ En segundo lugar, el tribunal de ese caso había verificado que existían “abrumadoras” “pruebas circunstanciales y demás pruebas. . . estableciendo ‘redacción oculta’ [*ghostwriting*]”; probablemente “la prueba documental, en video y testimonial, más completa de fraude jamás presentada

²⁴⁹ Memorial de Contestación, ¶ 52; **Ap. CL-91**, *Loewen Group, Inc. y otro c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003.

²⁵⁰ *Id.*, ¶¶ 151-157, 217.

²⁵¹ *Id.*, ¶ 242 (traducción del inglés; énfasis añadido).

²⁵² Ver ¶ 48, *supra*.

²⁵³ Memorial de Contestación, ¶ 53; **Ap. RL-78**, *Chevron II*, ¶ 8.26.

²⁵⁴ **Ap. RL-78**, *Chevron II*, ¶ 5.180.

ante un tribunal arbitral”.²⁵⁵ En este sentido, el tribunal agregó que “[l]as pruebas que señalan la conducta corrupta del juez Zambrano con respecto a la ‘redacción secreta’ [*ghostwriting*] de la Sentencia de Lago Agrio, en colusión con ciertos representantes de los Demandantes de Lago Agrio, justifica las inquietudes más serias con respecto a la regularidad judicial de la Sentencia de Lago Agrio, que no ha sido subsanada por las sentencias de la Sala Única de Lago Agrio, la Corte Nacional (casación) ni la Corte Constitucional”.²⁵⁶ En tercer lugar, sin perjuicio de lo anterior, el tribunal advirtió que “en cuanto a la denegación de justicia en base a los méritos, el Tribunal no considera apropiado fundamentar su decisión en el tratamiento que hace la Sentencia de Lago Agrio de las normas ambientales, incluida su evaluación de la causalidad y de los daños”.²⁵⁷ En este caso, como ya se advirtió, los Demandantes ni siquiera han interpuesto aún una acción judicial de nulidad contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal. Por lo demás, los Demandantes no alegan la existencia de “fraude”, “corrupción” o “redacción secreta u oculta” atribuible a Colombia; los Demandantes solo cuestionan esencialmente ciertas interpretaciones y/o conclusiones de la CGR basadas en el derecho colombiano para determinar, entre otras cosas, la “valoración de la causalidad y los daños”. Esto se encuentra lejos de satisfacer el estándar de denegación de justicia previsto en el Tratado.

²⁵⁵ *Id.*, ¶ 8.54.

²⁵⁶ *Id.*, ¶ 8.59.

²⁵⁷ *Id.*, ¶ 8.73. En este sentido, el tribunal advirtió que, para que se configure una denegación de justicia, se requería que el “demandante . . . pruebe de manera objetiva que la sentencia que impugna ‘visiblemente inadecuada y deshonrosa’, por lo que ‘el sistema nacional en su conjunto no cumplió con los estándares mínimos’”. *Id.*, ¶ 8.40.

149. Asimismo, los Demandantes argumentan que el inversionista también puede invocar el estándar de TJE “como forma de resolver los actos ilícitos administrativos”, e independientemente de haber iniciado acciones ante las cortes locales.²⁵⁸ Pero en esos casos no sería posible invocar una denegación de justicia,²⁵⁹ sino otro tipo de violación de la obligación de TJE, que bajo el Tratado se encuentra limitado al nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario. Por lo tanto, sólo si alguna acción de carácter administrativo atribuible a Colombia configura “un atropello, mala fe, negligencia intencional en el cumplimiento del deber, o a una insuficiente acción gubernamental tan alejada de los estándares internacionales que toda persona razonable e imparcial reconocería fácilmente su deficiencia” podría configurarse una violación del nivel mínimo de trato,²⁶⁰ y ninguna de las alegaciones efectuadas por los Demandantes es susceptible de violar ese estándar extremadamente elevado, y

²⁵⁸ Memorial de Contestación, ¶ 54. Los Demandantes citan ciertos párrafos del libro de McLachlan, Shore y Weiniger en respaldo de esta afirmación, pero ninguno de esos párrafos apoya la noción de que pueda existir una denegación de justicia sin que exista primero un procedimiento judicial, sino simplemente reafirman el concepto que pueden existir otro tipo de violaciones del estándar de TJE como resultado de decisiones administrativas. Ver **Ap. RL-42**, C. McLachlan y otros, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES, ¶¶ 7.104, 7.174. De todas formas, como esos mismos autores aclaran, “los procedimientos de toma de decisiones administrativos no pueden ser juzgados con los estándares esperados en los procedimientos judiciales”, y “el requisito del debido proceso administrativo es inferior al del proceso judicial”. *Id.*, ¶ 7.193 (traducción del inglés).

²⁵⁹ Ver ¶¶ 142-143, *supra*. Ver también **Ap. RL-42**, C. McLachlan y otros, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES, ¶ 7.68 (“Cualquier falla en la toma de decisiones administrativas no daría lugar por sí misma a una reclamación internacional, ya que estas primero deberían ser presentadas por el inversionista ante los tribunales locales.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Si bien los Demandantes sostienen que el “proceso” permea el contenido de la decisión (Memorial de Contestación, ¶ 54), lo cierto es que una denegación de justicia es un estándar de protección relacionado con el procedimiento y no con el contenido de una decisión judicial. Ver **Ap. RL-309**, C. McLachlan y otros, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES, ¶ 7.356 (“Cuando es aplicado a la función *judicial* del Estado receptor, el estándar [de TJE] provee protección contra denegaciones de justicia, siendo una falla en acordarle al inversionista el debido proceso. Esta protección se relaciona a los procedimientos aplicados por la corte del Estado receptor, y no con el resultado sustantivo bajo el derecho del Estado receptor.”) (traducción del inglés).

²⁶⁰ Ver **Ap. RL-69**, *Neer*, p. 556 (traducción del inglés); ¶ 134, n. 224, *supra*.

mucho menos aun cuando todavía existen numerosos recursos judiciales para impugnar esa decisión administrativa.²⁶¹

150. En resumen, los Demandantes no han presentado un caso *prima facie* de denegación de justicia ni de ningún otro tipo de violación del nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional consuetudinario.

(ii) Los Demandantes No Han Establecido una Expropiación *Prima Facie*

151. Los Demandantes tampoco han presentado un caso que sea susceptible de establecer una expropiación *prima facie* bajo el Tratado. El argumento de expropiación de los Demandantes se basa en que dos de las protecciones contractuales del Contrato de Servicios [REDACTED]

[REDACTED] fueron, según ellos, indirectamente expropiadas al haberse iniciado un Proceso de Responsabilidad Fiscal contra Foster Wheeler y Process Consultants.

152. Sin embargo, como Colombia explicó en su Memorial, esos dos derechos contractuales no son susceptibles de ser explotados económicamente de forma independiente y separada del Contrato de Servicios, por lo que – incluso si los hechos

²⁶¹ Los Demandantes también alegan que la falta de imparcialidad sería violatoria de la obligación de TJE, citando en respaldo de su posición el caso *Glencore c. Colombia*. Ver Memorial de Contestación, ¶ 55; **Ap. RL-20**, *Glencore*, ¶ 1348. Más allá de que el estándar de TJE del TBI Colombia-Suiza – que fue aplicado en *Glencore* – no se encuentra limitado al trato mínimo conforme al derecho internacional consuetudinario como en el Tratado, el tribunal en *Glencore* no consideró que hubiese existido una violación de la obligación de TJE por la falta de imparcialidad de la CGR e incluso remarcó la diferencia existente entre un procedimiento judicial y un procedimiento administrativo (en el cual quien toma la decisión es a la vez quien investiga y acusa, por lo que el debido proceso solo requiere que la decisión administrativa final se encuentre sujeta a una revisión judicial plena). Ver **Ap. RL-20**, *Glencore*, ¶¶ 1319, 1359-1360.

que narran los Demandantes fuesen ciertos (*quod non*) – estos derechos concretos y específicos no pueden ser “expropiados” bajo el Tratado de forma separada e independiente del resto de su supuesta “inversión” (*i.e.*, el Contrato de Servicios), que ni siquiera se alega que haya sido expropiada.²⁶²

153. Al no tener ningún argumento para refutar la clara y unánime línea jurisprudencial que rechaza la posibilidad de la existencia de una expropiación “parcial”,²⁶³ y que ratifica el principio básico de que una inversión debe ser vista como un todo a los efectos de determinar la configuración de una expropiación indirecta,²⁶⁴ los

²⁶² Memorial, ¶¶ 215-224.

²⁶³ Ver en tal sentido, **Ap. RL-99**, *Louis Dreyfus Armateurs SAS c. República de la India*, Caso CPA No. 2014-26, Laudo, 11 de septiembre de 2018, ¶¶ 417-419 (“Este dilema lleva a LDA [Louis Dreyfus Armateurs SAS, el demandante] a intentar demostrar la expropiación aislando un *flujo de ingresos* concreto que contribuye al valor global de ALBA [ALBA Asia Private Limited], a saber, el atribuible a las operaciones de HBT [Haldia Bulk Terminals Private Limited]. Pero por muy creativa que sea esta teoría, va en contra del texto del Artículo 6(1). El Artículo 6(1) no prohíbe ‘las medidas que tengan por efecto la desposesión . . . de [una parte de una] inversión’, ni ‘el efecto de la desposesión . . . de [una rama de ingresos distinta de una] inversión’. Requiere que se demuestre que la *propia inversión* sufrió un impacto equivalente en sus efectos a la total desposesión. La prohibición de la desposesión sin compensación sirve, por lo tanto, para prohibir la desposesión por parte del Estado receptor de una inversión en general, y no solo la interferencia con derechos o beneficios aislados relacionados con dicha inversión. . . . Incluso dejando de lado las implicaciones del Artículo 2(1) – que LDA no tiene ninguna inversión protegida en HBT, y mucho menos un derecho protegido derivado del Contrato de HBT – la falsa suposición que subyace al argumento de LDA es que cada interés, activo o derecho de un inversionista puede ser expropiado por separado de la empresa de inversión en su conjunto, incluso cuando la empresa no ha sido expropiada en sí misma. Pero la consecuencia lógica de la teoría de LDA sería que casi cualquier impacto de la conducta del Estado sobre una inversión podría considerarse una expropiación, siempre que el inversionista simplemente identificara como ‘inversión’ relevante la categoría de intereses, activos o derechos impactados por el acto gubernamental. . . . Por lo tanto, incluso si se demuestra, la interferencia con un solo componente de la inversión de LDA en ALBA, tal como el valor derivado de un supuesto derecho indirecto a beneficiarse del Contrato de HBT, no podría constituir una expropiación”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-100**, *Electrabel*, ¶ 6.57 (“Si fuera posible dividir tan fácilmente una inversión en varias partes constituyentes, cada una de ellas formando una inversión separada . . . dejaría sin sentido . . . [el] enfoque de la expropiación indirecta basado en la ‘privación radical’ y la ‘privación de cualquier objeto real’ por ser similar en efecto a una expropiación directa o nacionalización. También significaría, de manera absurda, que un inversionista siempre podría cumplir con la prueba [de la magnitud de la privación] para la expropiación indirecta dividiendo su inversión en tantas partes como las circunstancias particulares lo requiriesen, sin que la inversión en su conjunto pudiera cumplir jamás esa misma prueba”).) (traducción del inglés); Memorial, ¶ 217, n. 438.

²⁶⁴ Ver Memorial, ¶ 219; **Ap. RL-105**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1 (TLCAN), Laudo, 31 de marzo de 2010, ¶ 144 (“Al respecto, como también se concluyó en el caso *Pope & Talbot*, la actividad del inversionista ha de considerarse en su conjunto y no necesariamente

Demandantes tratan de ofuscar la discusión argumentando que los derechos contractuales son susceptibles de ser expropiados.²⁶⁵ Pero esa no es aquí la cuestión relevante. No se encuentra en discusión si los derechos contractuales en general son susceptibles de constituir una inversión y de ser expropiados. La cuestión relevante en este caso es si los Demandantes pueden reclamar la expropiación de dos derechos contractuales específicos y concretos del Contrato de Servicios si no existió (y ni siquiera se alega) la expropiación del Contrato de Servicios, que es su supuesta “inversión”. Y la respuesta es claramente que no.

154. El texto del Artículo 10.7 del Tratado – que los Demandantes citan en su Memorial de Contestación – no apoya su posición.²⁶⁶ En efecto, este artículo establece expresamente que “[n]inguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”.²⁶⁷ La interpretación de esta disposición conforme al sentido corriente

con respecto a un aspecto individual o separado.”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-51**, *Telenor Mobile Communications A.S. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/04/15, Laudo, 13 de septiembre de 2006, ¶ 67 (“[A] menos en el presente caso, la inversión debe considerarse en su conjunto y la prueba que debe evaluar el Tribunal es si, considerada en su conjunto, la inversión ha sufrido una erosión sustancial de su valor.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-106**, A. Newcombe y L. Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT*, p. 350 (“La tendencia de los tribunales ha sido considerar que la inversión debe ser vista como un todo.”) (traducción del inglés).

²⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶ 69

²⁶⁶ *Id.*, ¶¶ 64, 66.

²⁶⁷ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.7; Memorial, ¶ 218. Los Demandantes citan el Anexo 10-B del Tratado en el cual se establecen los factores que deben tomarse en consideración para determinar la existencia de una expropiación indirecta. Ver Memorial de Contestación, ¶ 66; **Ap. RL-1**, Tratado, Anexo 10-B. El Demandado no desconoce esos factores, o el concepto de expropiación indirecta, pero todos ellos resultan irrelevantes para analizar la reclamación de los Demandantes. Ello se debe a que, para que exista una expropiación indirecta, debe existir un acto o una serie de actos gubernamentales que priven al inversionista total o sustancialmente de una inversión, no de partes de una inversión. Incluso el propio Anexo 10-B aclara que “el hecho de que un acto o una serie de actos de una Parte tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no establece que una expropiación indirecta haya ocurrido”. **Ap. RL-1**, Tratado, Anexo 10-B, Artículo 3(a)(i). Los propios Demandantes parecen reconocer que se requiere una privación total o sustancial de su “inversión” para que exista una expropiación indirecta. Ver Memorial de Contestación, n. 123 (“Para identificar la expropiación indirecta, la investigación

de sus términos no da lugar a ambigüedades: la protección contra una expropiación es otorgada bajo el Tratado a la “inversión cubierta” – que los propios Demandantes definen como el Contrato de Servicios –, no a “derechos específicos” o parte de esa “inversión cubierta”.

155. Como señaló el tribunal en *Grand River c. Estados Unidos* interpretando una disposición similar del TLCAN, “[u]n acto de expropiación debe involucrar ‘la inversión de un inversionista’, no parte de una inversión”.²⁶⁸ Ello es incluso confirmado por uno de los casos citados por los Demandantes, *Koch c. Venezuela*, en donde el tribunal sostuvo que la inversión “no puede ser cortada y aislada, como un trozo de salchicha”.²⁶⁹

156. Por último, los Demandantes esbozan una serie de argumentos irrelevantes que nada tienen que ver con la existencia *prima facie* de una expropiación en este caso, como por ejemplo, que los tribunales CIADI han determinado que los derechos contractuales pueden ser expropiados en el supuesto de la terminación de un contrato por medio de un decreto o de una serie de actos soberanos para terminar una concesión.²⁷⁰ El Contrato de Servicios no fue terminado por ninguna acción de Colombia.

consiste en si una interferencia de un gobierno privó o no al inversor, de manera total o de forma significativa, del uso o del beneficio que pueda preverse razonablemente de su inversión.”) (énfasis añadido).

²⁶⁸ **Ap. RL-101**, *Grand River*, ¶ 155 (traducción del inglés; énfasis añadido).

²⁶⁹ **Ap. RL-310**, *Koch Minerals Sàrl y Koch Nitrogen International Sàrl c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo, 30 de octubre de 2017 (“*Koch*”), ¶ 7.48 (énfasis añadido) (los Demandantes sólo presentaron la versión en inglés del **Ap. CL-110**, por lo que ahora se presenta la versión en inglés y español).

²⁷⁰ Memorial de Contestación, ¶ 70. Como se desprende de las mismas citas de los Demandantes, ninguno de los casos citados tiene que ver con una alegación de una expropiación parcial. Ver **Ap. CL-107**, *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 17 de enero de 2007, ¶ 267 (“El Contrato está cubierto por la definición de ‘inversiones’ bajo el Tratado y el Artículo 4(2) . . . Por lo tanto, los Estados partes reconocieron que [el Contrato] puede ser expropiado.”) (traducción del inglés). Incluso uno de los casos citados por los Demandantes apoya la postura de Colombia. Ver **Ap. RL-310**, *Koch*,

Ni siquiera los Demandantes alegan que el Contrato de Servicios haya sido terminado o expropiado. [REDACTED]

[REDACTED] Lo único que alegan es que el Proceso de Responsabilidad Fiscal supuestamente “expropió” indirectamente dos de sus derechos contractuales.

157. [REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED].²⁷¹

158. Por todos los motivos expuestos, las alegaciones de la supuesta expropiación de los derechos de los Demandantes [REDACTED]

[REDACTED]²⁷² no son susceptibles de constituir un caso de expropiación, *prima facie*, bajo el Tratado.

¶ 7.48 (en donde la mayoría del tribunal sostuvo, al evaluar la reclamación de expropiación, que “tanto la inversión original de KOMSA como el *Offtake Agreement* [es decir, el contrato que se alegaba haber sido expropiado] [debe ser considerado] como un paquete unitario”). (énfasis añadido).

²⁷¹ Ver ¶ 66, *supra*. [REDACTED]

²⁷² Como fuera señalado por Colombia, más allá que resulta imposible, como cuestión de derecho, que pueda existir una expropiación indirecta de dos derechos contractuales específicos en forma separada del resto del conjunto de los derechos contractuales que conformarían la “inversión cubierta” de los Demandantes, un análisis *prima facie* de sus alegaciones fácticas deja en evidencia que en este caso no se pudo haber configurado una expropiación. Primero, el Proceso de Responsabilidad Fiscal se refiere a la responsabilidad fiscal, y no a la responsabilidad contractual de los Demandantes, y el ámbito personal y material de [REDACTED]

[REDACTED] Ver Memorial, ¶¶ 220-223.

(iii) Los Demandantes No Han Establecido una Violación *Prima Facie* del Trato Nacional

159. Colombia señaló que no se puede configurar una caso *prima facie* de violación de la obligación de trato nacional prevista en el Artículo 10.3 del Tratado ya que el Proceso de Responsabilidad Fiscal involucra tanto a nacionales como a extranjeros, por lo que no existe ninguna medida que a primera vista favorezca a nacionales frente a no nacionales.²⁷³

160. En su Memorial de Contestación, los Demandantes insisten en que han presentado una reclamación de una violación *prima facie* del estándar de trato nacional basándose, una vez más, únicamente en el hecho que la CGR no imputó responsabilidad fiscal a los miembros de la junta directa de Ecopetrol mientras que sí imputó a Foster Wheeler y Process Consultants.²⁷⁴ Pese a su insistencia, los Demandantes no pueden ignorar los hechos inequívocos de este caso: el Auto de Imputación y el posterior Fallo con Responsabilidad Fiscal involucran tanto a nacionales como a extranjeros, por lo que no pueden tener el “efecto práctico” de “crear un beneficio desproporcionado para los nacionales frente a los no nacionales”, ni constituir una “medida, a primera vista” que “pare[zca] favorecer a sus nacionales frente a los no nacionales”.²⁷⁵

161. Los Demandantes no desconocen estos hechos, pero se escudan en que, a los fines de decidir una objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado, el Tribunal debe asumir como ciertos los hechos narrados por los Demandantes,²⁷⁶ remarcando el

²⁷³ Memorial, ¶¶ 225-230.

²⁷⁴ Memorial de Contestación, ¶¶ 94-101.

²⁷⁵ **Ap. RL-112**, *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (“*SD Myers*”), ¶ 252 (traducción del inglés).

²⁷⁶ Memorial de Contestación, ¶ 96.

supuesto estándar diferencial aplicado respecto a los miembros de la junta directiva de Ecopetrol. Sin embargo, como ya indicamos, contrario a lo que argumentan los Demandantes, esa asunción de veracidad del Artículo 10.20.4 del Tratado es acotada,²⁷⁷ limitándose solamente a las alegaciones fácticas en la Notificación de Arbitraje. La mayoría de las alegaciones que efectúan los Demandantes con respecto a la supuesta violación *prima facie* de trato nacional son alegaciones jurídicas o conclusiones que no se encuentran respaldadas por alegaciones fácticas, y no alegatos de hecho que el Tribunal pueda asumir como ciertos.²⁷⁸

162. En definitiva, el único hecho relevante para determinar si existe o no una violación *prima facie* de la obligación de trato nacional, y que no se encuentra bajo disputa, es que tanto personas naturales (incluyendo los miembros de la junta directiva y ciertos administradores de Reficar) como jurídicas (incluyendo a CB&I), de nacionalidad colombiana y extranjera, fueron imputados y luego encontrados responsables en el Proceso de Responsabilidad Fiscal. De todas formas, cabe reiterar que Foster Wheeler y Process Consultants y los miembros de la junta directiva de Reficar no se encontraban en circunstancias similares que pudieran dar pie a un reclamo por violación de la obligación de trato nacional.²⁷⁹

²⁷⁷ Ver ¶ 79, *supra*.

²⁷⁸ Ver por ejemplo, Memorial de Contestación, ¶ 95 (indicando que FPJVC no debe ser considerado gestor fiscal bajo la Ley 610 de 2000), ¶ 98 (afirmando que los miembros de la junta directiva de Ecopetrol fueron exonerados en razón de la ausencia de gestión fiscal, conclusión que es equivocada y que no está respaldada por el contenido del Auto de Imputación).

²⁷⁹ Memorial, ¶ 226, nn. 270, 451. En su Memorial de Contestación, los Demandantes alegan que la CGR dijo expresamente que la gestión fiscal fue la consideración principal para rechazar los cargos contra los miembros de la junta directiva de Ecopetrol. Memorial de Contestación, ¶ 98. Esto no es cierto. Los Demandantes derivan su conclusión equivocada de una publicación editorial de la CGR según la cual “la responsabilidad fiscal sobre el control en la ejecución de las inversiones le correspondía a la junta directiva de Refi[c]ar”. **Ap. C-12**, GRANDES HALLAZGOS, *Así destapó la Contraloría General de la República los casos más sonoros de corrupción en Colombia. Del Cartel de la Hemofilia a los estafalarios sobrecostos de*

163. Es más, los únicos responsables fiscales contra quienes la CGR no ha dictado medidas cautelares en el Proceso de Responsabilidad Fiscal han sido las personas extranjeras sin bienes en Colombia, incluyendo a Foster Wheeler y Process Consultants.²⁸⁰ Por ende, los extranjeros han recibido incluso un trato más favorable que los nacionales en el Proceso de Responsabilidad Fiscal.

164. Los Demandantes parecen no cuestionar el texto ni los requisitos del Artículo 10.3 del Tratado,²⁸¹ ni tampoco las interpretaciones de los Estados Unidos en sus presentaciones como parte no contendiente sobre esta obligación.²⁸² Sin embargo,

Reficar pasando por el saqueo al Plan de Alimentación Escolar (Septiembre 2014 – agosto 2018), p. 64 (el Demandado aportó este apéndice documental junto con su Memorial como **Ap. R-49**). Los Demandantes confunden los términos responsabilidad y gestión fiscal. Según el Auto de Imputación, no cabe duda de que la CGR investigó a los miembros de la junta directiva de Ecopetrol, precisamente porque ejercían una “gestión fiscal de los intereses patrimoniales de la Nación”. **Ap. R-54**, Auto de Imputación – Parte 3: Consideraciones del despacho y resultados de la investigación, p. 808 (énfasis añadido). Sin embargo, la CGR decidió no imputar responsabilidad fiscal contra los miembros de la junta directiva de Ecopetrol ya que: (i) el Control de Cambios 2 fue aprobado por la junta directiva de Reficar sin haber sido puesto en conocimiento de la junta directiva de Ecopetrol; y (ii) la conducta de los miembros de la junta directiva de Ecopetrol frente a los Controles de Cambios 3 y 4 obedeció a su deber funcional, legal, estatutario y reglamentario, por lo que no existió una conducta dolosa o gravemente culposa. Memorial, n. 270. Ver **Ap. R-63**, Auto de Imputación – Parte 12: Archivo de diligencias I, pp. 4422, 4427. En ninguno de los apartes del Auto de Imputación citados por los Demandantes la CGR afirma que los miembros de la junta directiva de Ecopetrol no son gestores fiscales. Memorial de Contestación, n. 180.

²⁸⁰ Ver ¶ 59, *supra*.

²⁸¹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.3 (“1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio. 2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones”). Resulta importante reiterar que ninguna de las alegaciones de los Demandantes sobre la supuesta violación de la obligación de trato nacional tienen que ver con la “adquisición, establecimiento, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición” del Contrato de Servicios, la “inversión” alegada por los Demandantes. Memorial, n. 454. Los Demandantes nada dicen al respecto en su Memorial de Contestación.

²⁸² Memorial de Contestación, ¶¶ 99-100. Ver Memorial, ¶¶ 227-228. Ver también **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶¶ 49-50 (“Para establecer una violación del estándar de trato nacional bajo el Artículo 10.3, un demandante tiene la carga de probar que él o sus inversiones: (1) recibieron un ‘trato’; (2) se encontraban en ‘circunstancias similares’ con inversionistas o inversiones domésticas; y (3) recibieron un trato ‘menos favorable’ que aquél otorgado a inversionistas o inversiones domésticas. El Artículo 10.3 busca prevenir la discriminación basada en la nacionalidad entre inversionistas (o inversiones) domésticos

los Demandantes cuestionan específicamente la decisión en *SD Myers c. Canadá* citada por Colombia en su Memorial, en donde el tribunal señaló que, “al evaluar si una medida es contraria a una norma de trato nacional, deben tenerse en cuenta” dos factores: “si el efecto práctico de la medida es crear un beneficio desproporcionado para los nacionales frente a los no nacionales” y “si la medida, a primera vista, parece favorecer a sus nacionales frente a los no nacionales que están protegidos por el tratado correspondiente”.²⁸³

165. Los Demandantes alegan que la decisión en *SD Myers* “ignora más de veinte años de jurisprudencia, de práctica en materia de tratados y de erudición sobre el tema del trato nacional”.²⁸⁴ Esta afirmación, además de que no fue respaldada por los Demandantes con ninguna fuente legal, es equivocada. El caso *S.D. Myers c. Canadá*, junto con los demás “[c]asos iniciales bajo el TLCAN[,] jug[ó] un rol muy importante en el desarrollo de una metodología para aplicar el estándar de trato nacional”,²⁸⁵ sentando las bases para la interpretación de dicho estándar.²⁸⁶

e inversionistas (o inversiones) de la otra Parte, que se encuentren en ‘circunstancias similares.’ [El Artículo 10.3] no busca prohibir todo trato diferenciado entre inversionistas o inversiones. Más bien, [el Artículo 10.3] está diseñado únicamente para asegurar que las Partes no traten de forma diferenciada a entidades que se encuentren en ‘circunstancias similares’ con ocasión de su nacionalidad. La discriminación basada en la nacionalidad bajo el Artículo 10.3 puede ser *de jure* o *de facto*. La discriminación *de jure* ocurre cuando una medida a primera vista discrimina entre inversionistas o inversiones en circunstancias similares con ocasión de su nacionalidad. La discriminación *de facto* ocurre cuando una medida a primera vista neutral en lo relativo a la nacionalidad es aplicada de forma discriminatoria con ocasión de la nacionalidad”.) (traducción del inglés).

²⁸³ **Ap. RL-112**, *SD Myers*, ¶ 252 (traducción del inglés).

²⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 100.

²⁸⁵ **Ap. CL-130**, Borzu Sabahi, Noah Rubins, y Don Wallace, Jr., *INVESTOR-STATE ARBITRATION* (2d ed., Oxford University Press 2019), Capítulo XVII, n. 19 (traducción del inglés).

²⁸⁶ *Ver también*, **Ap. RL-296**, A. Newcombe y L. Paradell, *LAW AND PRACTICE OF INVESTMENT TREATIES: STANDARDS OF TREATMENT*, Capítulo 4, n. 18 (indicando que múltiples tribunales de inversión, incluyendo *SD Myers*, han confirmado que el estándar de trato nacional busca proteger contra la discriminación basada en nacionalidad.). Los Demandantes también critican que el Demandado se haya referido en su Memorial al estándar de trato nacional articulado por el tribunal en el caso de *Feldman c. México* con el

166. En definitiva, en este caso no se cumplen los requisitos necesarios para que exista una violación *prima facie* de la obligación de trato nacional bajo el Tratado debido a que el Auto de Imputación y el Fallo con Responsabilidad Fiscal (que fue emitido luego del inicio de este Arbitraje) involucran tanto a nacionales como a extranjeros, por lo que no pueden tener el “efecto práctico” de “crear un beneficio desproporcionado para los nacionales frente a los no nacionales”, sumado al hecho que “la medida, a primera vista”, no “parece favorecer a sus nacionales frente a los no nacionales”.

argumento de que en ese caso se encontró a México responsable por violación de dicho estándar. Memorial de Contestación, ¶ 100. Sin embargo, como bien lo indicó Colombia, lo destacable del caso *Feldman* no es el resultado, sino la manera en que dicho tribunal interpretó el estándar de trato nacional. El tribunal en *Feldman* indicó que “el concepto de trato nacional consagrado en el TLCAN y en convenios similares tiene la intención de impedir la discriminación basada en la nacionalidad o por motivos de nacionalidad”. **Ap. RL-102**, *Marvin Feldman c. México*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/1 (TLCAN), Laudo Arbitral, 16 de diciembre de 2002, ¶ 181. El tribunal en *Feldman* encontró una violación del trato nacional en ese caso porque halló “evidencias de un nexo entre la discriminación y la condición de inversionista extranjero del Demandante” y de que “el trato otorgado a inversionistas extranjeros y a inversionistas locales en circunstancias similares es distinto *de facto*”. *Id.*, ¶¶ 181-182, 184. Si se aplicara el estándar de *Feldman* a los hechos de este caso, los Demandantes no lograrían sostener un caso *prima facie* de trato nacional. A diferencia de *Feldman*, en este caso no hay evidencia alguna de discriminación basada en nacionalidad ni tampoco una diferencia de trato de hecho, puesto que tanto nacionales como extranjeros fueron imputados en el Auto de Imputación y encontrados responsables en el Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ocurre lo mismo con el caso *Casinos c. Argentina*, también cuestionado por los Demandantes. Según los Demandantes, la decisión en *Casinos* es irrelevante en este caso porque los hechos de dicho caso y los hechos de esta disputa son diferentes. Memorial de Contestación, ¶ 100. La supuesta diferencia fáctica a la que apuntan los Demandantes es irrelevante. Lo relevante aquí es que si se aplicara el estándar de trato nacional articulado por *Casinos* a los hechos de este caso, los Demandantes tampoco lograrían un caso *prima facie* de violación del trato nacional. Como ya lo indicó Colombia, el tribunal en *Casinos* determinó que el estándar de trato nacional “prohíbe las discriminaciones basadas en la nacionalidad entre los inversionistas extranjeros y sus inversiones, por una parte, y los inversionistas nacionales y sus inversiones, por otra. Tal discriminación, sin embargo, presupone que los inversionistas extranjeros y nacionales y sus inversiones se vean afectados de manera diferente, *de iure* o *de facto*, ya sea por la misma medida gubernamental o por medidas que estén lo suficientemente conectadas como para dar lugar a un tratamiento discriminatorio”. **Ap. RL-111**, *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI No ARB/14/32, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de junio de 2018, ¶ 249. Como ya se demostró, en este caso no existe evidencia alguna de trato diferencial en razón de la nacionalidad ni tampoco una distinción en el trato ni en derecho ni de hecho. Tanto nacionales como extranjeros se vieron involucrados en el Proceso de Responsabilidad Fiscal y fueron sujetos de responsabilidad fiscal.

(iv) Los Demandantes No Han Establecido una Violación *Prima Facie* del Trato de Nación Más Favorecida

167. Los Demandantes tampoco han establecido una violación *prima facie* de la obligación de trato de nación más favorecida prevista en el Artículo 10.4 del Tratado. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes invocaron la cláusula de NMF para tratar de importar una cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza.²⁸⁷ Como explicó Colombia en su Memorial, ninguno de los argumentos efectuados por los Demandantes es capaz de establecer una violación *prima facie* de la obligación de NMF debido a que (i) los Demandantes no argumentan que exista una situación fáctica en la cual se le haya concedido un trato más favorable a algún inversionista de un tercer país; (ii) incluso si la cláusula de NMF pudiese tener la función de importación, no sería posible importar de un tratado de inversiones un derecho nuevo que no existe en el tratado base (como una cláusula paraguas); (iii) aun asumiendo que fuera posible importar un derecho nuevo, tampoco sería permisible la importación de una cláusula paraguas de otro tratado de inversiones porque ello sería contrario a consideraciones de política pública que las Partes Contratantes tuvieron en cuenta específicamente al no incluir una cláusula paraguas en el Tratado; (iv) aún si se permitiese la importación de derechos nuevos por medio de la cláusula de NMF, no sería posible la importación del derecho a someter a arbitraje una reclamación por la violación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza porque ese derecho no existe en dicho tratado; y (v) de todas formas, no se cumplen los presupuestos para la aplicación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza (entre otros, porque Reficar no es una “agencia” del gobierno central de Colombia).²⁸⁸

²⁸⁷ Notificación de Arbitraje, ¶¶ 188-192.

²⁸⁸ Memorial, ¶¶ 231-239.

168. Los Demandantes manifiestan en su Memorial de Contestación que Colombia lee “condiciones excesivamente restrictivas” en la cláusula de NMF que no tienen fundamento en el lenguaje del Tratado o en ningún otro lado, y esencialmente argumentan que la cláusula de NMF permite la importación de otras estándares de protección, en particular de una cláusula paraguas de otro tratado de inversiones, y que otros tratados de Colombia incluyen cláusulas paraguas.²⁸⁹ Los argumentos de los Demandantes son incorrectos y no se condicen con el lenguaje ni con el funcionamiento de la cláusula de NMF del Tratado, y mucho menos con la cláusula paraguas que buscan importar.²⁹⁰

169. El primero de los argumentos de los Demandantes es que el Artículo 10.4 del Tratado permite la importación de estándares de protección de otros tratados de inversiones celebrados por Colombia.²⁹¹ Pese a que los Demandantes manifiestan basarse en el lenguaje de la cláusula de NMF, una interpretación del Artículo 10.4 del

²⁸⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 71-93.

²⁹⁰ Cuando la firma de abogados que representa a los Demandantes representó a México, propugnó por la interpretación que propone Colombia en este caso. Ver n. 295, *infra*.

²⁹¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 72-81. Los Demandantes mencionan la máxima *expressio unius est exclusio alterius* como soporte para justificar la importación de estándares sustantivos de otros tratados por medio de la cláusula de NMF, ya que dicha cláusula expresamente excluye a los mecanismos de resolución de disputas. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 77-78. Más allá del hecho de que esa máxima es sólo considerada un medio suplementario de interpretación, varios tribunales de inversión han advertido sobre los peligros de la aplicación mecánica de esta máxima respecto a la cláusula de NMF. Ver **Ap. RL-271**, T. Gazzini, INTERPRETATION OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES, pp. 128-129 (“En *Plama c. Bulgaria*, el Tribunal advirtió contra la aplicación mecánica del principio *expressio unius est exclusio alterius* con respecto a la cuestión de la inclusión o exclusión de las disposiciones sobre la resolución de disputas del alcance de la aplicación de la cláusula de NMF. . . . Como fuera aún más elaborado en *ICS c. Argentina*, que en este punto se basa en *Plama c. Bulgaria*, el mero hecho de que las partes contratantes no hayan excluido expresamente una disposición o categoría de disposiciones concretas del alcance de la cláusula de NMF no conlleva necesariamente una interpretación irrefutable. Puede en verdad revelar su intención de considerar la disposición o categoría de disposiciones dentro del alcance de aplicación de la cláusula de NMF. Pero la interpretación opuesta también es posible si el entendimiento de las partes contratantes era que la cláusula de NMF no cubriría esta disposición o categoría de disposiciones”). (traducción del inglés).

Tratado consistente con el Artículo 31.1 de la Convención de Viena apoya la posición de Colombia, no la de los Demandantes.

170. El texto de la disposición dice claramente que “[c]ada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte”.²⁹² Como sostuvo el tribunal en *Ickale c. Turkmenistán*, “[l]os términos ‘trato concedido en situaciones similares’ sugieren, por lo tanto, que la obligación de trato de NMF requiere una comparación de la situación de hecho”, y que “dada la limitación del ámbito de aplicación de la cláusula de NMF a ‘situaciones similares’, no puede interpretarse, de buena fe, que se refiere a los estándares de protección de las inversiones incluidos en otros tratados de inversión entre un Estado parte y un tercer Estado”.²⁹³ Por lo tanto, resulta evidente que el Artículo 10.4 del Tratado requiere una

²⁹² **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.4.1. La distinción que intentan artificialmente crear los Demandantes entre el tiempo verbal presente o pasado es absolutamente irrelevante. Ver Memorial de Contestación, ¶ 87. En verdad, la frase en español “que el que conceda” utiliza el modo subjuntivo. En cualquiera de esos tiempos o modos verbales, resulta evidente que se está comparando dos situaciones fácticas. Asimismo, la obligación de NMF del Tratado se encuentra restringida a “lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio”, y ninguna de las alegaciones de los Demandantes tienen que ver con eso. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.4.1. Por otro lado, cabe señalar que – curiosamente – los Demandantes hacen mención a una supuesta afirmación que contienen los Borradores de los Artículos de la CDI sobre cláusulas de NMF (Memorial de Contestación, ¶ 88), pero la cita que brindan es incorrecta, ya que esa afirmación no se encuentra en el documento.

²⁹³ **Ap. RL-113**, *Içkale Insaat Limited Sirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/10/24, Laudo, 8 de marzo de 2016, ¶ 329 (traducción del inglés). Ver también *id.* (“Los estándares de protección incluidos en otros tratados de inversión crean derechos legales para los inversionistas afectados, que pueden ser más favorables en el sentido de ser adicionales a las normas incluidas en el tratado base, pero no puede decirse que tales diferencias entre las normas legales aplicables equivalgan a un ‘trato otorgado en situaciones similares’, sin efectivamente negar cualquier significado a los términos ‘situaciones similares’. No puede decirse que los inversionistas se encuentren en una ‘situación similar’ por el mero hecho de haber invertido en un Estado concreto; de hecho, si los términos ‘en situaciones similares’ se interpretaran de forma que coincidieran con el ámbito de aplicación territorial del tratado, no tendrían ningún significado y efectivamente resultarían redundantes, ya que no habría ninguna diferencia entre la cláusula ‘trato no menos favorable que el concedido en situaciones similares . . . a las inversiones de los inversionistas de cualquier tercer país’ y ‘trato no menos favorable que el concedido . . . a las inversiones de los inversionistas de cualquier tercer país’. Tal interpretación no sería compatible con las reglas generalmente aceptadas de interpretación de los tratados, incluido el principio de efectividad, o *effet utile*, que exige que

se dé un significado y un efecto a cada término de una disposición de un tratado”).) (traducción del inglés); **Ap. RL-114**, *Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán*, Caso CIADI No. ARB/12/6, Laudo, 4 de mayo de 2021, ¶¶ 784, 793 (“En consecuencia, el Tribunal considera que las palabras ‘*situaciones similares*’ indican la intención de los Estados parte de restringir el alcance de la cláusula de NMF para que se aplique únicamente al trato discriminatorio entre las inversiones de los inversionistas de uno de los Estados parte y los inversionistas de terceros Estados, en la medida en que pueda decirse que dichas inversiones se encuentran en una situación fáctica similar. Esto requería que las medidas reales adoptadas por el Estado receptor se dirigieran a las inversiones de inversionistas que se encuentran en una situación similar, y demostrar que dicha medida tenía el efecto de tratar a uno de ellos de forma menos favorable que al otro. . . . El Tribunal ha concluido que la cláusula de NMF del artículo II(2) del TBI se aplica a la discriminación *de facto* cuando dos inversionistas en una situación similar reciben un trato diferente. Este no es el caso aquí. Además, la redacción del Artículo II(2), que requiere tal situación fáctica similar, no autoriza a los Demandantes a basarse en la cláusula de NMF para importar normas sustantivas de protección de un tratado de terceros que no están incluidas en el TBI, y a basarse en tales normas en el presente Arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Los Demandantes citan la posición del Profesor Schill que critica la decisión de *Içkale* (Memorial de Contestación, ¶ 89). Sin embargo, otros doctrinarios opinan lo contrario. Ver también **Ap. RL-311**, Simon Batifort y J. Benton Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, 11(4) AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW 873 (2018), p. 909 (“Si los intérpretes dejan a un lado sus presunciones e intuiciones sobre la naturaleza de las cláusulas de NMF y sobre la importación del estándar de NMF, necesitarían prestar mayor atención que en el pasado a los términos particulares de las cláusulas de NMF. Esta reconsideración de los términos contenidos en los tratados debe comenzar con el alcance del término ‘trato’. Algunos estados han expresado la opinión de que ‘trato’, como se usa en al menos algunos tratados de inversión, se refiere a las medidas tomadas con respecto a los inversionistas o inversiones, y no a los ‘estándares de trato’ otorgados en otros tratados de inversión. Se ha sugerido que los estados, al redactar los tratados de inversión de la generación anterior, no previeron que estas disposiciones se aplicarían para importar estándares de trato, sino que prohibirían la discriminación a través de la conducta del estado anfitrión, lo que se ha descrito como el uso ‘tradicional’ de las cláusulas de NMF. Un negociador de un tratado de inversión defendió una posición similar en un artículo de 2008 y argumentó que las cláusulas de NMF en general ‘no deberían utilizarse con fines de *treaty shopping*’. Este enfoque haría que los tribunales establecieran una distinción entre ‘trato’ y ‘estándares de trato’. Como cuestión conceptual, este punto de vista es consistente con un creciente cuerpo de literatura que identifica a los estándares sustantivos de los tratados como el TJE como ‘estándares de revisión’, en relación con los cuales se evalúan ciertas medidas de los Estados. Desde este punto de vista, se podría argumentar que el ‘trato’ se refiere a la medida estatal bajo revisión en una reclamación de TJE, en lugar de la disposición de TJE en sí misma”).) (traducción del inglés); **Ap. RL-312**, Facundo Pérez-Aznar, *The Use of Most-Favoured-Nation Clauses to Import Substantive Treaty Provisions in International Investment Agreements*, 20(4) JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW 777 (2018), pp. 804-805 (“La naturaleza y el texto de la mayoría de las cláusulas de NMF incluidas en TBIs sugiere que, en casos vinculados con las cláusulas de NMF y el trato otorgado por tratados internacionales, un tribunal debe comparar el trato del demandante bajo el tratado básico con el trato a los inversionistas bajo el tratado de referencia (como fue sugerido por el tribunal en *Içkale c. Turkmenistán*), y luego, si resulta apropiado, debe encontrar una violación de la cláusula de NMF (como el tribunal en *ADF c. Estados Unidos* sugiere), en vez de buscar y examinar la violación de una disposición nueva del tratado de referencia. El marco legal aplicable a las cláusulas de NMF . . . milita fuertemente a favor de la proposición de que las cláusulas de NMF estándares incluidas en Alls no deben utilizarse para importar disposiciones de otros tratados a menos que pueda ser identificada una intención clara y sin ambigüedades de las partes contratantes en los términos del mismo tratado básico o, parafraseando a la [Corte Internacional de Justicia], cuando un consentimiento que sea ‘incuestionable’ en ese sentido pueda ser identificado”).) (traducción del inglés).

comparación de las situaciones fácticas de trato efectivamente concedidas en circunstancias similares²⁹⁴, y en el presente caso los Demandantes no argumentan que exista una situación fáctica en la cual a un inversionista de un tercer país se le haya concedido efectivamente un trato más favorable, por lo que no pudo haber existido una violación de esta obligación. Esa postura que los Demandantes tanto critican es la posición que la firma de abogados que los representa defendió cuando representó a

²⁹⁴ Curiosamente, los Demandantes citan el lenguaje del reciente Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá en el cual se incluyó expresamente en un pie de página que el “trato” referido en la cláusula de NMF “excluye disposiciones de otros acuerdos internacionales de comercio o inversión que establezcan procedimientos internacionales de solución de controversias o impongan obligaciones sustantivas”. **Ap. RL-208**, T-MEC, Capítulo 14 (Inversión), n. 22; Memorial de Contestación, ¶ 80. Precisamente, ese pie de página se incluyó para aclarar el alcance de la cláusula de NMF, y a la vez como reacción ante tribunales arbitrales que han interpretado algunas cláusulas de NMF en forma excesivamente amplia de modo tal de permitir la importación de estándares sustantivos de otros tratados. La falta de esa aclaración expresa en el Tratado no tiene ninguna relevancia, sino que reafirma que los Estados han sentido la necesidad de efectuar esa aclaración ante interpretaciones excesivamente amplias de algunos tribunales arbitrales. Ver **Ap. RL-311**, S. Batifort y J. Heath, *The New Debate on the Interpretation of MFN Clauses in Investment Treaties: Putting the Brakes on Multilateralization*, pp. 899-900, 907 (“Los Estados Parte del TLCAN —Canadá, México y los Estados Unidos— se han opuesto a la importación de estándares sustantivos vía NMF en el contexto de disputas de inversión específicas relativas a la interpretación del Artículo 1105 [del TLCAN] (Nivel Mínimo de Trato) . . . En diversos casos, los demandantes han pretendido usar esta obligación [NMF] para tomar estándares sustantivos de trato contenidos en tratados celebrados entre una Parte del TLCAN y un tercer estado. Estos esfuerzos han encontrado resistencia por parte de los tres Estados Parte del TLCAN, actuando tanto en rol de demandados como de partes no contendientes en procesos arbitrales, y los intentos de los demandantes nunca han resultado exitosos . . . La nueva aclaración contenida en el CETA y en otros tratados . . . es solo una de las posibles reacciones a lo que los Estados perciben como interpretaciones excesivamente amplias o problemáticas de las disposiciones de NMF.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-313**, Suzy H. Nikièma, *The Most-Favoured-Nation Clause in Investment Treaties*, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (IISD) BEST PRACTICES SERIES (2017), pp. 21, 23-24 (“Sin embargo, como lo han señalado ciertos tribunales y especialistas, es difícil creer que, al firmar tratados bilaterales de inversión antes del año 2000, los Estados hubieran previsto que la obligación de NMF se utilizaría para importar disposiciones, sustantivas o de procedimiento, de tratados bilaterales de inversión con otros estados. Es más probable que [los Estados] estuvieran haciendo referencia al trato directamente otorgado en el Estado anfitrión. Y como lo notó un tribunal, [los Estados] no previeron realizar excepciones para disposiciones que, en su perspectiva, evidentemente no estaban incluidas . . . Sobre esta base, varios Estados, comenzando por los exportadores de capital, han revisado sus prácticas de negociación de tratados internacionales de inversión para atajar las interpretaciones recientes del estándar de NMF . . . El CETA celebrado entre Canadá y la Unión Europea es un ejemplo de un acuerdo reciente en el que las partes acordaron excluir no sólo las normas de procedimiento sino también las normas sustantivas del ámbito de aplicación del estándar de NMF . . . Se nota que el Artículo [8.7.4 del CETA] inicia con los términos “para mayor claridad,” lo que podría indicar que los dos Estados siempre han entendido al estándar de NMF de esta forma en sus tratados de inversión, incluso en aquellos que no contienen esa excepción.”) (traducción del inglés).

México en el caso *Legacy c. México*, en donde citó con aprobación el caso *Ickale* y calificó de “categórica” la imposibilidad de utilizar la cláusula de NMF para importar estándares de trato de otros tratados.²⁹⁵

171. El segundo argumento de los Demandantes es que la cláusula de NMF puede utilizarse para importar derechos nuevos que no se encuentran en el tratado base, como sería el caso de una cláusula paraguas.²⁹⁶ En este sentido, cabe hacer referencia a la decisión del tribunal en *Paushok c. Mongolia*, que específicamente resolvió que un “inversionista no puede utilizar [una] cláusula de NMF para introducir al Tratado derechos sustantivos completamente nuevos, como aquellos otorgados bajo la cláusula paraguas”.²⁹⁷ Si bien el Demandado no desconoce que algunos tribunales arbitrales han interpretado algunas cláusulas de NMF de manera excesivamente amplia y expansiva, considera que la correcta interpretación de la cláusula de NMF es que – de permitirse la importación de estándares de trato más favorables de otros tratados (*quod non*) – no pueden generarse derechos enteramente nuevos que no se encuentran en el tratado base, como lo han sostenido – entre otros – los tribunales en *Hochtief c. Argentina*,

²⁹⁵ Ver **Ap. RL-273**, *Legacy Memorial de Contestación*, ¶ 422. (“Así, el laudo en el caso *Ickale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán* establece categóricamente que: ‘una formulación común de la cláusula, por sus propios términos, no permite la importación de estándares de trato’.”) (traducción parcial del inglés).

²⁹⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 82-90.

²⁹⁷ **Ap. RL-314**, *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company y CJSC Vostokneftegaz Company c. Gobierno de Mongolia*, CNUDMI, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 28 de abril de 2011, ¶ 570 (traducción del inglés).

Accession Mezzanine c. Hungría y Teinver c. Argentina,²⁹⁸ casos que los Demandantes ni siquiera intentan distinguir.²⁹⁹

²⁹⁸ **Ap. RL-115**, *Hochtief AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/31, Decisión sobre Jurisdicción, 24 de octubre de 2011, ¶ 81 (“A juicio del Tribunal no puede suponerse que Argentina y Alemania tenían la intención de que la cláusula NMF generara derechos enteramente nuevos, cuando los mismos no estaban contemplados en el TBI Argentina-Alemania. La cláusula NMF estipula un estándar de trato y lo define en función del trato que ha de darse a terceros. Se toma como referencia el estándar de trato otorgado a terceros; no el alcance de los derechos conferidos a estos últimos. . . . La cláusula NMF no constituye un *renvoi* a una gama de fuentes y sistemas de derechos y obligaciones totalmente diferentes, sino un principio aplicable al ejercicio de derechos y obligaciones efectivamente garantizados por el TBI que contenga la cláusula NMF.”); **Ap. RL-116**, *Accession Mezzanine Capital L.P. y Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt. c. Hungría*, Caso CIADI No. ARB/12/3, Decisión sobre la Objeción de la Demandada bajo la Regla de Arbitraje 41(5), 16 de enero de 2013, ¶¶ 73-74 (“Hay que tener cuidado en este contexto. Las cláusulas de NMF no son ni deben ser interpretadas o aplicadas para crear nuevas causas de acción más allá de aquellas a las que las Partes han dado su consentimiento para el arbitraje. . . . El Tribunal considera que un inversionista sólo puede basarse correctamente en los derechos establecidos en el tratado base, es decir, el TBI del que son parte directamente el Estado de origen del inversionista y el Estado receptor de la inversión, pero no más que eso.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-117**, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/09/01, Laudo, 21 de julio de 2017, ¶ 884 (“El Tribunal acepta que las partes del Tratado en toda probabilidad tenían conocimiento de la existencia de las cláusulas paraguas y si hubiesen tenido la intención de incluir una cláusula de este tipo en el Tratado, lo habrían hecho. Según la Demandada, la utilización de la Cláusula de NMF para incorporar una cláusula paraguas en el Tratado redundaría en la incorporación de un nuevo derecho o estándar de tratamiento no previsto en el Tratado. Sobre la base del lenguaje específico utilizado por las Partes en el Tratado, el Tribunal considera que este argumento es persuasivo”). Ver también **Ap. RL-119**, UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment*, UNCTAD SERIES ON ISSUES IN INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS II (United Nations 2010), pp. 105-106 (“[U]na posición amplia sobre la aplicación del trato de NMF genera numerosos desafíos de políticas públicas. También puede desviarse del objetivo original de tal obligación. Al incorporar automáticamente obligaciones de terceros tratados, una obligación de NMF amplía prácticamente ignoraría la libertad soberana de los Estados de contraer obligaciones internacionales a su medida. Esto puede modificar parcialmente o anular el tratado básico por medio de la importación de disposiciones de un tratado con un tercero y puede asimismo crear la sensación de uniformidad de estándares cuando existen variaciones reales en cuanto al alcance, contenido e intención por buenas razones de políticas públicas. Aún más, puede estar en conflicto con el balance actual de políticas públicas que se encuentra presente en los AII en cuestión. Una obligación amplia de NMF también puede hacer que sea difícil predecir el alcance de las responsabilidades del país receptor, ya que las disposiciones aplicables de protección y las disposiciones de RCIE [Resolución de Controversias Inversionista-Estado] dependerían de la percepción de cada inversionista, caso por caso, como también de un número de combinaciones y permutaciones de hecho imposibles de anticipar o administrar. Esta posición también hace que sea difícil actualizar, refinar o mejorar los nuevos AII, ya que los nuevos tratados pueden ser modificados por motivo de los antiguos tratados.”) (traducción del inglés).

²⁹⁹ Esa también ha sido la posición defendida por la firma de abogados que representa a los Demandantes en ocasión de representar a México en otro arbitraje de inversión. Ver **Ap. RL-273**, *Legacy Memorial de Contestación*, ¶ 425 (“Ningún tribunal del TLCAN a la fecha ha emitido un fallo respecto a la introducción de una cláusula paraguas en virtud del artículo 1103 del TLCAN. De hecho, cuando los demandantes han invocado el artículo 1103 para importar estándares sustantivos de trato de tratados entre un miembro del TLCAN y un tercer país, sus intentos siempre han sido rechazados”), ¶ 436 (“[E]l texto mismo del TLCAN no permite la importación de disposiciones sustantivas de otros tratados, y mucho menos cláusulas

172. Asimismo, la importación de una cláusula paraguas de otro tratado de inversiones celebrado por Colombia sería contraria a consideraciones de política pública que tuvieron las Partes Contratantes al decidir específicamente no incluir una cláusula paraguas en el Tratado.³⁰⁰ Colombia ha mantenido una política consistente de rechazo de las cláusulas paraguas y, por su parte, Estados Unidos ha eliminado las cláusulas paraguas en sus tratados de inversiones celebrados a partir de 1994 y ha restringido la posibilidad de someter violaciones contractuales a la existencia de un “acuerdo de inversión” (que es un término específico definido en sus tratados).³⁰¹ En este caso, el Tratado prevé expresamente la posibilidad de someter a arbitraje las violaciones de un “acuerdo de inversión”, por lo que ampliar el universo de reclamaciones contractuales que podrían someterse a arbitraje bajo el Tratado desvirtuaría las consideraciones de política pública que tuvieron en cuenta las Partes Contratantes cuando decidieron no incluir una cláusula paraguas, incorporar al texto del Tratado el término especial “acuerdo de inversión”, y restringir el tipo de reclamaciones contractuales que pueden someterse a arbitraje bajo el Tratado únicamente a violaciones de un acuerdo de inversión.

generales, lo cual es acorde con la voluntad de las Partes y la práctica derivada de los tribunales establecidos conforme al TLCAN[,] que no han suscrito esa teoría”).

³⁰⁰ Memorial, ¶ 234, n. 463.

³⁰¹ *Id.*, ¶ 234, nn. 464-467. Además, si bien la cláusula paraguas es una obligación sustantiva, el efecto de incorporar al Tratado una cláusula paraguas por medio de la cláusula de NMF sería equivalente a expandir el tipo de reclamaciones contractuales que podrían someterse a arbitraje, más allá de aquellas reclamaciones contractuales vinculadas a violaciones de un acuerdo de inversión. En su Memorial de Contestación, los Demandantes hacen justamente referencia a que el Tratado expresamente excluye los mecanismos de solución de controversias del trato de NMF. Ver Memorial de Contestación, ¶ 77; **Ap. RL-1**, Tratado, n. 2. Ver también **Ap. RL-42**, C. McLachlan y otros, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION SUBSTANTIVE PRINCIPLES, ¶ 7.367 (“La aplicación de la protección de NMF no estará justificada cuando subvierta el balance de los derechos y obligaciones que las partes han cuidadosamente negociado en su tratado de inversión. En particular, no se aplicará para aumentar los parámetros de la jurisdicción del tribunal arbitral internacional, a menos que las partes expresamente lo dispongan”). (traducción del inglés).

173. En respuesta a este argumento, los Demandante alegan que tanto el Tratado como los demás tratados de inversiones de las Partes Contratantes contienen cláusulas de NMF.³⁰² Sin embargo, ello no tiene ninguna relevancia para el impedimento de importación de nuevos estándares de trato de otros tratados con base en consideraciones de política pública. Aun asumiendo que se permitiese la importación de derechos nuevos, lo relevante es determinar si el derecho nuevo que se está tratando de importar afecta las consideraciones de política pública que se tuvieron en cuenta al determinar la estructura y contenido del Tratado, y al negociar disposiciones específicas. La importación amplia y de alcance ilimitado a través de la cláusula de NMF que pregonan los Demandantes no se condice con una interpretación de buena fe de la obligación de NMF en el contexto de las demás disposiciones del Tratado, respetando la intención de las Partes Contratantes del Tratado al momento de su celebración.

174. A su vez, Colombia indicó en su Memorial que, incluso si se permitiera la importación de una cláusula paraguas de otro tratado de inversiones celebrado por Colombia a través de la cláusula de NMF del Tratado, no sería posible la importación del derecho a someter a arbitraje una reclamación por la violación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza simplemente debido a que ese derecho no existe en el TBI Colombia-Suiza.³⁰³ Ello fue confirmado por el tribunal en el caso *Glencore c. Suiza* – uno de los casos favoritos de los Demandantes – que precisamente interpretó esa disposición, en donde el tribunal sostuvo que “los Estados parte [del TBI Colombia-Suiza]

³⁰² Memorial de Contestación, ¶ 85.

³⁰³ Memorial, ¶¶ 235-237.

excluyeron las disputas relativas a la Cláusula Paraguas de su consentimiento al arbitraje”.³⁰⁴

175. Pese al lenguaje explícito de la disposición y a la decisión del tribunal en *Glencore* interpretando esa disposición, los Demandantes insisten en que pueden importar la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza argumentando que “solo pretenden importar la cláusula paraguas en el TBI entre Colombia y Suiza” pero que “el consentimiento para la jurisdicción sigue teniendo su base en el [Tratado]”.³⁰⁵

176. El argumento de los Demandantes ignora el funcionamiento básico de la cláusula de NMF. Por más que el TBI Colombia-Suiza contenga una cláusula paraguas, si no contiene un consentimiento para arbitrar reclamaciones sobre esa cláusula paraguas, la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza por medio de la cláusula de NMF del Tratado no podría tener el efecto de otorgarle a inversionistas norteamericanos mejores derechos que los que tienen los propios inversionistas suizos bajo el TBI Colombia-Suiza. Ello sería contrario a la naturaleza, contenido y espíritu de la obligación de NMF del Tratado. La obligación de NMF contenida en el Artículo 10.4 del Tratado sólo garantiza a los inversionistas norteamericanos un trato no menos

³⁰⁴ **Ap. RL-20**, *Glencore*, ¶ 1009 (traducción del inglés). Extrañamente, los Demandantes dicen que Colombia cita un “solo” laudo en respaldo de esta afirmación. Ver Memorial de Contestación, ¶ 90. Más allá que ese fue el único tribunal que fue llamado a interpretar esa disposición, el propio texto del Artículo 11(3) del TBI Colombia-Suiza no podría ser más claro. Ver **Ap. RL-43**, Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 17 de mayo de 2006 y en vigor desde el 6 de octubre de 2009 (“TBI Colombia-Suiza”), Artículo 11(3) (estableciendo que las partes contratantes otorgan su consentimiento al sometimiento de disputas de inversión al arbitraje internacional, “excepto por disputas en referencia al artículo 10 párrafo 2 [del tratado]”, o sea, respecto a las disputas sobre la cláusula paraguas). Asimismo, el tribunal en *Glencore* señaló que la política de Colombia de no incluir una cláusula paraguas en su tratado de inversiones modelo y las opiniones de varios doctrinarios en el mismo sentido confirmaban su interpretación de que no existía un consentimiento para someter a arbitraje un supuesto incumplimiento de la cláusula paraguas. Ver **Ap. RL-20**, *Glencore*, ¶¶ 1014, 1022-1023.

³⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶ 90.

favorable que el que se le conceda, en circunstancias similares, a inversionistas suizos. No garantiza un trato más favorable, que es lo que quieren los Demandantes y lo que ocurriría si la importación se hiciese de la forma que pretenden.³⁰⁶ Los Demandantes no esbozan en su Memorial de Contestación ninguna respuesta a esta cuestión central sobre el funcionamiento de una cláusula de NMF, que impide la importación “parcial” que los Demandantes buscan.

177. El tercer argumento de los Demandantes tampoco tiene mérito alguno. Conscientes de la imposibilidad de importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza, los Demandantes ahora sostienen, en forma alternativa, que el TBI Colombia-Japón también contiene una cláusula paraguas y que, a diferencia del TBI Colombia-Suiza, sí contiene un consentimiento para arbitrar reclamaciones por violaciones de dicha cláusula paraguas.³⁰⁷ Una vez más, los Demandantes se equivocan. Al igual que el TBI Colombia Suiza, el TBI Colombia-Japón tampoco contiene un consentimiento al arbitraje para someter reclamaciones sobre la cláusula paraguas.³⁰⁸

³⁰⁶ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.4.1 (“Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.”) (énfasis añadido); Memorial, n. 474. La importación de una obligación de otro tratado de inversiones por medio de una cláusula paraguas no puede ser “parcial” como pretenden los Demandantes. La importación (en caso de permitirse) debe ser completa, con todos los derechos y limitaciones de las obligaciones que se importan del tratado base. Asimismo, si se le permitiese a los Demandantes la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza, y a su vez se le permitiese a los inversionistas estadounidenses poder someter sus controversias sobre potenciales incumplimientos de esa cláusula paraguas a arbitraje bajo el Tratado, esa forma de “importación” sería contraria al principio internacionalmente reconocido de “*nemo plus iuris*”, ya que se les estaría dando a los inversionistas estadounidenses un mejor derecho que el que tienen los propios inversionistas suizos de donde surge esa obligación. Tampoco nada dicen los Demandantes en su Memorial de Contestación sobre este punto.

³⁰⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 91-92. Si bien se trata de un argumento nuevo que no debería tenerse en cuenta para analizar la procedencia de la objeción preliminar bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado (*ver* ¶ 79, *supra*), de todas formas no apoya la posición de los Demandantes.

³⁰⁸ **Ap. RL-315**, Acuerdo entre la República de Colombia y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversión, firmado el 12 de septiembre de 2011 y en vigor desde el 11 de septiembre de 2015 (“TBI Colombia-Japón”), Artículo 28 (“1. Cada Parte Contratante consiente en someter las

La realidad es que, como fuera señalado por el Demandando en su Memorial, ningún tratado de inversiones vigente celebrado por Colombia contiene un consentimiento para someter a arbitraje las reclamaciones que pudieran surgir del incumplimiento de una cláusula paraguas.³⁰⁹

178. Por último, cabe indicar que, a todo evento, incluso si fuera posible la importación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza de la forma en que lo solicitan los Demandantes, no se cumplen los presupuestos para la aplicación de dicha cláusula paraguas (que sólo protege las obligaciones derivadas de un acuerdo escrito entre el gobierno central o una agencia de este y un inversionista de la otra Parte respecto a una inversión específica en la que dicho inversionista pueda depender de

controversias de inversión por un inversionista contendiente, al arbitraje escogido por el inversionista contendiente con arreglo a lo previsto en el párrafo 5 del Artículo 27, excepto para las controversias relacionadas con el párrafo 3 del Artículo 4 [la cláusula de NMF]. 2. Para controversias de inversión relacionadas con el párrafo 3 del Artículo 4: (a) el consentimiento necesario para el sometimiento a arbitraje será otorgado por la autoridad competente de la Parte contendiente de acuerdo con lo establecido en el Artículo 41; y (b) en los casos en los que un acuerdo escrito de acuerdo con el párrafo 3 del Artículo 4, establezca un procedimiento de solución de controversias, dicho procedimiento prevalecerá sobre este Capítulo.”) (énfasis añadido). Los Demandantes sólo presentaron la versión en inglés del TBI Colombia Japón (**Ap. CL-137**), por lo que ahora se presenta la versión en inglés y español. Si bien los Demandantes citan el Artículo 28 del TBI Colombia-Japón, lo interpretan erróneamente. Lo que claramente surge de su texto es que no contiene un consentimiento al arbitraje sobre reclamaciones por violaciones de la cláusula paraguas. La única excepción que se establece allí es la posibilidad del otorgamiento de ese consentimiento por parte una autoridad competente, pero el tratado en sí mismo no contiene una oferta de consentimiento. Incluso la falta de consentimiento al arbitraje para reclamaciones sobre la cláusula paraguas en el TBI Colombia-Japón ya había sido señalada por una de las autoridades legales citadas por Colombia en su Memorial. Ver Memorial, nn. 462, 464, 468; **Ap. RL-120**, José Antonio Rivas, *Colombia*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 183 (C. Brown (ed.), Oxford Scholarly Authorities on International Law 2013), p. 242 (“La práctica de Colombia de rechazar la inclusión de una cláusula paraguas ha sido muy consistente, con la excepción del [Tratado] Colombia-EE.UU. (2006). Este [Tratado] tiene un tipo de cláusula paraguas, incluida en la sección de solución de controversias entre inversionistas y Estados del tratado, como compromisos contraídos en el marco de ‘acuerdos de inversión’, y se limita a tres sectores: inversiones en recursos naturales, provisión de servicios al público en nombre del Estado e infraestructuras. El TBI entre Suiza y Colombia (2007) y el TBI entre Japón y Colombia (2011) tienen cláusulas paraguas típicas, pero las partes de estos tratados no han dado su consentimiento al arbitraje entre inversionistas y Estados cuando un inversionista alega una violación de la respectiva cláusula paraguas.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

³⁰⁹ Memorial, n. 468.

buena fe en el establecimiento, adquisición o expansión de una inversión).³¹⁰ Los Demandantes evaden completamente este punto en su Memorial de Contestación. En efecto, la aplicación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Suiza no sería de todas formas posible – como explicó Colombia – porque (i) Reficar no es una “agencia” del gobierno de Colombia; (ii) el Contrato de Servicios no puede constituir al mismo tiempo la “inversión” y el “acuerdo escrito” de donde deriva una obligación con respecto a la inversión; y (iii) los alegatos de hecho de los Demandantes – incluso si fuesen ciertos – no podrían constituir una violación de la cláusula paraguas debido a que claramente no existió una violación de [REDACTED] (la responsabilidad fiscal es autónoma e independiente [REDACTED] [REDACTED]) y cualquier limitación contractual frente a Reficar no podría resultar aplicable a su responsabilidad fiscal.³¹¹ Por las mismas razones, tampoco se cumplen los presupuestos para la aplicación de la cláusula paraguas del TBI Colombia-Japón que ahora invocan los Demandantes, cuyo texto es virtualmente idéntico.³¹²

179. En suma, las reclamaciones de los Demandantes no son susceptibles de constituir *prima facie* una violación de la cláusula de NMF del Tratado.

³¹⁰ *Id.*, ¶ 238; **Ap. RL-43**, TBI Colombia-Suiza, Artículo 10(2).

³¹¹ Memorial, ¶ 238, n. 477. *Ver también id.*, ¶¶ 81, 157-158, n. 343.

³¹² **Ap. RL-315**, TBI Colombia-Japón, Artículo 4.3 (“Cada Parte Contratante, observará cualquier obligación derivada de un acuerdo escrito concluido entre el gobierno central o agencias del mismo y un inversionista de la otra Parte Contratante con respecto a inversiones específicas del inversionista, en las cuales el inversionista pudo haber confiado al momento del establecimiento, adquisición o expansión de tales inversiones”).

(2) No Pudo Haber Existido una Violación de un Acuerdo de Inversión

180. Los Demandantes no han presentado una reclamación válida de una violación *prima facie* de un “acuerdo de inversión”.³¹³ Colombia explicó que el Contrato de Servicios no constituye un “acuerdo de inversión” – conforme ese término es definido por el Tratado – y que el Tratado no otorga competencia al Tribunal para conocer violaciones puramente contractuales.³¹⁴ En su Memorial de Contestación, los Demandantes insisten – sin mayores argumentos – que el Contrato de Servicios es un “acuerdo de inversión”, que Reficar es una “autoridad nacional” de Colombia, y que el Artículo 10.16.1 del Tratado le otorga competencia a este Tribunal sobre sus reclamaciones por supuestas acciones de Colombia que constituirían violaciones del Contrato de Servicios.³¹⁵ Ninguno de esos argumentos tiene mérito alguno.

181. En primer lugar, el Contrato de Servicios no constituye un “acuerdo de inversión” en los términos del Tratado.³¹⁶ El Artículo 10.28 del Tratado define

³¹³ El Artículo 10.16.1 del Tratado permite a un demandante someter una reclamación a arbitraje únicamente si el demandante ha violado un “acuerdo de inversión” – según ese término es definido por el propio Tratado – y si el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta. Ver **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1. Ninguno de esos presupuestos se configura en este caso.

³¹⁴ Memorial, ¶¶ 240-250.

³¹⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 102-115.

³¹⁶ Los Demandantes continúan argumentando que “[l]os tribunales internacionales han reconocido con frecuencia a los acuerdos similares al Contrato [de Servicios] como ‘acuerdos de inversión’”. Memorial de Contestación, ¶ 104. Lo que los Demandantes pasan por alto es que ninguno de esos casos se refiere al término “acuerdo de inversión” como este se encuentra definido por el Tratado. Ver Memorial, n. 492. Asimismo, ninguno de esos casos involucra un contrato para proveer servicios de consultoría. Ver Memorial de Contestación, n. 191; **Ap. CL-141**, *PSEG Global Inc., the North American Coal Corporation, y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Decisión sobre Jurisdicción, 4 de junio de 2004, ¶ 114 (“Por su propia naturaleza y por sus términos específicos[,] el Contrato constituye un acuerdo de inversión bajo el cual el inversionista está autorizado para adelantar las actividades de generación de energía allí indicadas”). (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-316**, *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Laudo, 5 de octubre de 2012, ¶ 114 (en donde el tribunal analizó un contrato de participación definido como “aquel por el cual el Estado y los contratistas participan en la producción de petróleo crudo, y los gastos son costeados por la contratista”).

expresamente el término “acuerdo de inversión” como “un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se basa para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo”.³¹⁷ El Contrato de Servicios lógicamente no puede constituir al mismo tiempo un “acuerdo de inversión” y la “inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo”.³¹⁸

182. Conscientes de que el Contrato de Servicios no puede constituir al mismo tiempo una “inversión cubierta” y un “acuerdo de inversión” – conforme al sentido literal de la disposición – los Demandantes buscan generar confusión respecto a la supuesta contribución efectuada para adquirir una “inversión cubierta” bajo el Tratado con la inversión en sí misma. Los Demandantes alegan que “invirtieron una cantidad importante de tiempo, capital, personal y mano de obra en [el] territorio colombiano” y que en base a su acuerdo de inversión proveyeron bienes y servicios a Colombia.³¹⁹

(énfasis añadido) (los Demandantes sólo presentaron la versión en inglés del **Ap. CL-77**, por lo que ahora se presenta la versión en inglés y español); **Ap. CL-19**, *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre Medidas Preliminares, 17 de agosto de 2007, ¶ 7 (“En virtud del Contrato de Participación . . . se otorgó a OEPC [Occidental Exploration and Production Company] el derecho exclusivo de realizar actividades de exploración y explotación en el territorio que se le asignó: el ‘Bloque 15’ de la Amazonía ecuatoriana”). (énfasis añadido).

³¹⁷ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28. Ver en tal sentido, **Ap. RL-121**, Kenneth J. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS (Oxford University Press 2009), p. 174 (aclarando que “la inversión establecida con base en un acuerdo escrito no puede ser el acuerdo escrito en sí mismo”) (traducción del inglés).

³¹⁸ Memorial, ¶ 244. Este entendimiento es, asimismo, confirmado por el Artículo 10.16.1 del Tratado, que expresamente establece que el sometimiento de un reclamación por la violación de un acuerdo de inversión solamente es válida si “la materia de la reclamación y los daños reclamados se relacionan directamente con la inversión cubierta que fue establecida o adquirida, o se pretendió establecer o adquirir, con base en el acuerdo de inversión relevante”. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1.

³¹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 106. Ver también Notificación de Arbitraje, ¶ 29.

183. Sin embargo, más allá del hecho de que la definición del término “inversión” sea amplia, esa no es la “inversión cubierta” que alegan en este caso y por la que reclaman daños.³²⁰ La única “inversión cubierta” que alegan en este caso – a los efectos de determinar la competencia *ratione materiae* del Tribunal – es el Contrato de Servicios y los daños que reclaman se vinculan única y directamente con el Contratos de Servicios, no con el tiempo, capital, personal, bienes o trabajo con el que contribuyeron para la ejecución del Contratos de Servicios, [REDACTED]

[REDACTED] .³²¹

184. En segundo lugar, la afirmación de los Demandantes respecto a que Reficar es una “autoridad nacional” de Colombia es a todas luces incorrecta.³²² El Tratado define a una “autoridad nacional” como “una autoridad del nivel central de gobierno”.³²³ Bajo derecho colombiano, Reficar es una sociedad de economía mixta que

³²⁰ Ver **Ap. R-39**, Notificación de Intención, 26 de diciembre de 2018 (“Notificación de Intención”), ¶ 12; Notificación de Arbitraje, ¶ 3. Ver también, Memorial n. 34.

³²¹ Memorial, ¶ 22, n. 34. Ver ¶ 242, *infra*. Adicionalmente, como señaló Colombia en su Memorial, incluso si el Contrato de Servicios pudiese considerarse un “acuerdo escrito entre una autoridad nacional y . . . un inversionista de otra Parte”, de todas formas no calificaría como un “acuerdo de inversión” en los términos del Tratado ya que no encuadraría dentro de los tres tipos de acuerdos o sectores cubiertos por la definición (*i.e.*, recursos naturales, servicios públicos e infraestructura). Ver Memorial, n. 497; **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28. En efecto, si bien el Contrato de Servicios es un acuerdo para la prestación de servicios de consultoría relacionados con un proyecto de infraestructura (la expansión y modernización de la Refinería de Cartagena), no se trata del acuerdo celebrado “para realizar” el proyecto de infraestructura, ya que los Demandantes no eran parte del Contrato EPC celebrado con CB&I para la ingeniería y construcción del Proyecto.

³²² Memorial de Contestación, ¶ 108. Los Demandantes también argumentan que Reficar es una “entidad estatal” conforme al derecho colombiano. *Id.*, ¶ 104. Como Colombia ya explicó en su Memorial, si Reficar califica o no como una “entidad estatal” bajo del derecho colombiano es irrelevante a los fines de determinar si existe un “acuerdo de inversión” porque el propio Tratado contiene disposiciones específicas sobre lo que debe considerarse una “autoridad nacional” para los propósitos del Tratado. Ver Memorial, ¶ 246.

³²³ **Ap. RL-1**, Tratado, n. 13.

realiza actividades comerciales – no una autoridad –³²⁴ y pertenece al nivel descentralizado del gobierno (o rama ejecutiva) de Colombia – no al nivel central –.³²⁵

185. Más allá de su caracterización conforme al derecho colombiano como una sociedad descentralizada de economía mixta, Reficar de ninguna manera podría calificarse como una “autoridad nacional” bajo el Tratado porque las Partes Contratantes expresamente establecieron que Ecopetrol, la casa matriz de Reficar, no es una autoridad del nivel central de gobierno. El Anexo 9.1 del Capítulo 9 de APC Colombia-EE.UU. (sobre Contrataciones Públicas),³²⁶ tal y como fue modificado por Decisión No. 2 de la Comisión de Libre Comercio,³²⁷ contiene un listado de entidades de los Estados Unidos y Colombia clasificadas en cuatro categorías: Entidades del Nivel Central de

³²⁴ Reficar no pueden calificarse como una “autoridad” porque no ejerce potestades soberanas. Ver Memorial, n. 494.

³²⁵ *Id.*, ¶ 245, nn. 17, 19, 494. Ello fue reconocido por los propios Demandantes en la Acción de Tutela 2018. Ver **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, p. 74 (“En particular, Reficar y Ecopetrol [son] entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva”). El hecho de que Colombia sea dueña de los hidrocarburos que se encuentran en su territorio no convierte a Ecopetrol (o a Reficar) en una autoridad del nivel central de gobierno. Tal argumento no tiene ningún asidero. Por ejemplo, el hecho de que Colombia sea dueña del espectro electromagnético no permite que las empresas de telecomunicaciones sean consideradas “autoridades del nivel central de gobierno”.

Ver Memorial de Contestación, ¶ 109.

Asimismo, la cita de los Demandantes a la Ley No. 80 de 1993 (**Ap. CL-140**) sobre entidades públicas tampoco apoya su posición, ya que bajo el derecho colombiano las entidades públicas pueden ser tanto del nivel central como del nivel descentralizado del gobierno. Ver **Ap. RL-4**, Ley 489 de 1993, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del Artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones, Artículo 38.

³²⁶ **Ap. RL-317**, Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 22 de noviembre de 2006 y en vigor desde el 15 de mayo de 2012, Capítulo 9, Anexo 9.1.

³²⁷ **Ap. RL-318**, Decisión No. 2 de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América, firmado el 22 de noviembre de 2006 y en vigor desde el 15 de mayo de 2012, adoptada el 19 de noviembre de 2012 (“Decisión No. 2 de la Comisión de Libre Comercio del APC Colombia-EE.UU.”).

Gobierno, Entidades del Nivel Sub-Central de Gobierno, Otras Entidades Cubiertas y Entidades Especiales Cubiertas. Ni Ecopetrol ni Reficar figuran en el listado de Entidades del Nivel Central de Gobierno.³²⁸ Ecopetrol está clasificada como una “Entidad Especial Cubierta”, es decir, como una que “realiza sus adquisiciones bajo régimen de contratación privado . . . y sin ningún control o influencia por el Gobierno de Colombia”.³²⁹

186. Por otra parte, la cuestión de la eventual atribución bajo del derecho internacional que mencionan los Demandantes tampoco tiene ninguna relevancia para la calificación de Reficar como una “autoridad nacional” de Colombia conforme al Tratado, pues es el propio Tratado el que define cuáles entidades caben dentro de dicha definición.³³⁰ El punto no es si, conforme a las normas de derecho internacional público, las conductas de Reficar resultan atribuibles a Colombia, sino si el Contrato de Servicios constituye un “acuerdo de inversión” y si Reficar debe ser considerada una “autoridad

³²⁸ **Ap. RL-317**, APC Colombia-EE.UU., Capítulo 9, Anexo 9.1, Sección A.

³²⁹ **Ap. RL-318**, Decisión No. 2 de la Comisión de Libre Comercio del APC Colombia-EE.UU. Contrario a lo que argumentan los Demandantes (Memorial de Contestación, ¶109), el hecho de que Reficar sea indirectamente de propiedad de Colombia y que “funcionarios gubernamentales de alto rango” hayan sido designados en la junta directiva de Reficar no convierten a Reficar en una “autoridad nacional” bajo el Tratado. Prueba adicional de ello es que el Anexo 9.1 del APC Colombia-EE.UU. explícitamente indica que “la designación de cualquier miembro de la Junta Directiva de una entidad por el Presidente de Colombia, o por cualquier otro oficial o entidad del gobierno, la propiedad de una mayoría o la totalidad de las acciones de una entidad por el Gobierno de Colombia, o exigencias de auditoría relativos a la entidad, no constituyen ‘control o influencia por el Gobierno de Colombia’ con respecto a las contrataciones de la entidad”. **Ap. RL-318**, Decisión No. 2 de la Comisión de Libre Comercio del APC Colombia-EE.UU., n. 1.

³³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 110. La cuestión de atribución bajo el derecho internacional, más allá de resultar irrelevante, es un alegato jurídico que no debe asumirse como cierto a los fines de esta objeción. Ver Memorial, n. 496. Además, como señalara Colombia en su Memorial, la conclusión de que Reficar no es una “autoridad nacional” en los términos del Tratado se encuentra reforzada por el hecho de que el mismo Tratado contiene una definición específica para el término “empresa del Estado”, un concepto distinto al de “autoridad nacional”. Ver **Ap. RL-2**, APC Colombia-EE.UU., Preámbulo y Capítulo 1, Artículo 1.3 (definiendo a una “empresa del Estado como “una empresa que es propiedad de una Parte, o que se encuentra bajo el control de la misma, mediante derechos de dominio”). Reficar sí calificaría como “empresa del Estado”. Ver Memorial, n. 495. Los Demandantes nada dicen sobre este punto. Tampoco puede ignorarse que la definición de “autoridad nacional” que contiene el Tratado es clara, por lo que no presenta ningún problema interpretativo. Ver Memorial, n. 496.

nacional” de acuerdo con las definiciones específicas contenidas en el Tratado. La respuesta es muy clara: Reficar no es una “autoridad nacional” y el Contrato de Servicios no es un “acuerdo de inversión”.

187. En tercer lugar, los Demandantes – quienes claramente han modificado su argumento³³¹ – sostienen ahora que el Tratado le otorga competencia al Tribunal sobre reclamaciones por violaciones de un acuerdo de inversión conforme al Artículo 10.16.1 del Tratado, y que no están alegando reclamaciones que se encuentran [REDACTED]

[REDACTED]³³² Colombia coincide con que el Tribunal sería competente para conocer reclamaciones sobre violaciones de un acuerdo de inversión – siempre y cuando se cumpliesen los requisitos establecidos en el Artículo 10.16.1 del Tratado, como la existencia de un “acuerdo de inversión” y la existencia de pérdidas o daños en virtud de la violación de un acuerdo de inversión, lo que no ocurre en este caso. La posición que Colombia manifestó claramente en su Memorial – y que los Demandantes distorsionan en su Memorial de Contestación – es que este Tribunal no es competente sobre reclamos puramente contractuales en la medida en que estos no constituyan violaciones de obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión.³³³

³³¹ [REDACTED]

[REDACTED] Ver Memorial, ¶¶ 247-249. Presumiblemente, por dicho motivo decidieron modificarlos en su Memorial de Contestación. De todas formas, a los efectos de determinar la admisibilidad de su reclamación, lo relevante son los argumentos que hicieron en su Notificación de Arbitraje, y no los nuevos argumentos que ahora efectúan. Ver ¶ 79, *supra*.

³³² Memorial de Contestación, ¶ 113. Claramente, los Demandantes han modificado su argumento sobre este punto, ya que su posición anterior era insostenible. Ver Notificación de Arbitraje, ¶¶ 203, 205; Memorial, ¶¶ 247-249.

³³³ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1; Memorial, ¶ 241, nn. 485, 486.

188. Los Demandantes también argumentan ahora que “no solicitan al Tribunal determinar si Reficar incumplió el Contrato [de Servicios]” y que están de acuerdo con que [REDACTED]³³⁴ Sin embargo, extrañamente luego alegan que las reclamaciones de los Demandantes “se relacionan con las acciones de la CGR”, que constituirían incumplimientos por parte de Colombia del Contrato de Servicios [REDACTED]

[REDACTED]³³⁵ Dicho argumento es francamente inentendible. El Artículo 10.16.1 del Tratado sólo permite someter a arbitraje reclamaciones en las que se alegue que se ha violado un acuerdo de inversión, cuando el demandante o la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta.³³⁶ El Proceso de Responsabilidad Fiscal involucra la responsabilidad fiscal de los Demandantes, no su responsabilidad contractual,³³⁷ y cualquier daño o pérdida de los Demandantes por presuntas acciones de la CGR o de Colombia – que no es parte del Contrato de Servicios – involucraría una responsabilidad extracontractual que excedería la violación contractual de un supuesto acuerdo de inversión.³³⁸ Por ende, la reclamación de los Demandantes no es susceptible de constituir *prima facie* una violación de un acuerdo de inversión.

189. En suma, como el Contrato de Servicios no constituye un acuerdo de inversión y los Demandantes no efectúan una reclamación válida de que se haya violado

³³⁴ Memorial de Contestación, ¶ 114.

³³⁵ *Id.*

³³⁶ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo. 10.16.1.

³³⁷ Ver ¶ 66, *supra*.

³³⁸ Los daños que los Demandantes reclaman en este Arbitraje no podrían considerarse daños sufridos en virtud o como resultado de una violación de un acuerdo de inversión.

un acuerdo de inversión, no puede existir *prima facie* un caso de violación de un acuerdo de inversión.

B. No Pudo Haber Existido Ninguna Pérdida o Daño en Virtud de Alguna Violación de las Obligaciones Sustantivas del Tratado o de un Acuerdo de Inversión

190. Según lo indicó el Demandado en su Memorial, el Artículo 10.16.1 del Tratado prevé que el demandante debe haber sufrido “pérdidas o daños en virtud de” o “como resultado” de las supuestas violaciones de las obligaciones sustantivas del Tratado o de un acuerdo de inversión como requisito previo al sometimiento de una reclamación a arbitraje.³³⁹ Dicho requisito “restringe[] la capacidad de un demandante para presentar una reclamación en virtud del Artículo 24(1) [del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2012, que es idéntico al Artículo 10.16 del Tratado] . . . [, porque] el demandante no solo debe alegar una violación del tipo mencionado anteriormente, sino que también debe demostrar que ‘ha sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella’”.³⁴⁰

191. Este requisito explícito en el Tratado no es caprichoso. Como lo explica Kenneth Vandeveld, quien lideró el equipo negociador de tratados de inversión de los Estados Unidos y escribió uno de los libros más reconocidos en la materia, tiene como fin “prevenir el sometimiento de reclamaciones que no se encuentran todavía maduras,

³³⁹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1(a)(ii).

³⁴⁰ **Ap. RL-37**, Lee M. Caplan y Jeremy K. Sharpe, *United States*, in COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES 755 (C. Brown (ed.), Oxford University Press 2013), p. 824 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver **Ap. RL-136**, Andrea K. Bjorklund, *NAFTA Chapter 11*, en COMMENTARIES ON SELECTED MODEL INVESTMENT TREATIES (C. Brown (ed.), Oxford University Press 2013), p. 501 (“[E]l Artículo 1116 [del TLCAN] exige que el inversionista esté legitimado, es decir, que haya sufrido pérdidas o daños”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

porque no han ocurrido pérdidas”.³⁴¹ Tiene sentido. Si un demandante pudiese iniciar una reclamación contra un Estado sin antes haber sufrido un daño cierto, el arbitraje de inversión se desnaturalizaría por completo, convirtiéndose en un mecanismo extorsivo para presionar a un Estado a que se abstenga de tomar una determinada medida en un intento por “prevenir” un eventual daño.³⁴²

192. Al interpretar una disposición prácticamente idéntica al Artículo 10.16.1 del Tratado en el contexto de un reclamo por supuesta expropiación, el tribunal en *Glamis c. Estado Unidos* determinó que

³⁴¹ **Ap. RL-121**, K. Vandevelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 598 (traducción del inglés). Ver **Ap. RL-48**, *Presentación de EE.UU. en Mesa Power*, ¶ 4 (ratificando la posición de EE.UU. en el sentido de que para que pueda someterse una reclamación a arbitraje bajo el Tratado, el inversionista tiene que ya haber incurrido en pérdidas o daños, no pudiendo basar su reclamación en especulaciones sobre pérdidas o daños futuros que no se han materializado aún). En su Memorial de Contestación, los Demandantes alegan que en el arbitraje CIADI no se requiere una prueba del daño como prerequisite para iniciar una reclamación, citando un artículo del Profesor Schreuer en apoyo de esa afirmación. Memorial de Contestación, ¶ 25, n. 47; **Ap. CL-59**, Christoph Schreuer, *What is a legal dispute?*, en INTERNATIONAL LAW BETWEEN UNIVERSALISM AND FRAGMENTATION, FESTSCHRIFT IN HONOUR OF GERHARD HAFNER (I. Buffard, J. Crawford, A. Pellet, S. Wittich (eds.); Koninklijke Brill NV 2008), p. 970. Los Demandantes se equivocan. El artículo del Profesor Schreuer está citado de manera descontextualizada y no apoya la posición de los Demandantes. En su artículo, el Profesor Schreuer no analiza si debe existir o no un daño antes de someter una disputa a arbitraje CIADI, sino que discute el requisito del arbitraje CIADI de que la disputa sometida a arbitraje sea una disputa de carácter “legal”, proponiendo una serie de criterios para determinar si, en un determinado caso concreto, existe o no una “disputa legal”. **Ap. CL-59**, C. Schreuer, *What is a legal dispute*, p. 960. Uno de los criterios que propone es que el desacuerdo entre las partes tenga relevancia práctica y no meramente académica, y es en ese contexto que el Profesor Schreuer indica que la falta de un daño concreto o las dificultades para su cuantificación no implican necesariamente que una disputa sea hipotética o no tenga carácter “legal”. *Id.*, pp. 970-972. En fin, contrario a lo que sugieren los Demandantes, el Profesor Schreuer sencillamente no sostiene que la existencia de un daño no sea un prerequisite para iniciar un reclamo CIADI. Pero incluso asumiendo por un momento que los Demandantes tuvieran razón y que la existencia de un daño no fuese un prerequisite para someter una disputa a arbitraje CIADI, en este caso el reclamo de los Demandantes debe de todas maneras desecharse porque el Tratado sí prevé ese requisito de manera expresa. Ver Memorial, n. 512.

³⁴² Ver **Ap. RL-121**, K. Vandevelde, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 598 (“[El Artículo 24(1) del TBI Modelo de los Estados Unidos de 2004] requiere explícitamente . . . que tanto el demandante como la empresa en cuya representación la reclamación es sometida haya ‘sufrido pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella’”. Este lenguaje impone tres condiciones al derecho del demandante de someter una reclamación a arbitraje: la pérdida, el incumplimiento y el nexo de causalidad entre el incumplimiento y la pérdida. Estos son, por supuesto, los elementos tradicionales de la legitimación. El lenguaje había aparecido, sin embargo, tanto en el TLCAN como en los TLCs con Chile y Singapur, y los negociadores de TBI vieron alguna virtud en requerir explícitamente que estos elementos sean satisfechos.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

[a] través del lenguaje del Artículo 1117(1) [del TLCAN], los Estados Partes concibieron un requisito de madurez en el sentido de que un demandante debe haber incurrido en una pérdida o daño para presentar una reclamación de indemnización conforme al Artículo 1120. . . . [P]ara que una reclamación en virtud del Artículo 1110 esté madura, el acto gubernamental debe haber adquirido directa o indirectamente algún derecho de propiedad que resulte en un daño actual real para un inversionista. . . . Sin un acto gubernamental que vaya más allá de la mera amenaza de expropiación y se convierta en una interferencia real con un derecho de propiedad, es imposible evaluar el impacto económico de la interferencia”.³⁴³

193. El tribunal en *Glamis* además determinó que la madurez de un reclamo – es decir, el cumplimiento de los requisitos previstos en el Artículo 10.16.1 y, concretamente, la existencia o no de un “daño actual real” como resultado de una medida supuestamente violatoria – debe evaluarse al momento de la presentación de la reclamación de arbitraje.³⁴⁴

³⁴³ **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶¶ 328, 331 (traducción del inglés; énfasis añadido). Los Demandantes intentan argumentar, sin éxito, que el caso *Glamis* apoya su posición y no la posición de Colombia. Según los Demandantes, si bien el tribunal en *Glamis* determinó que las reclamaciones basadas en “eventos” futuros no cumplen con el requisito de madurez, también encontró que las reclamaciones basadas en “eventos” pasados sí cumplen con dicho requisito. Con base en esa interpretación de *Glamis*, los Demandantes argumentan que sus reclamaciones están maduras pues se basan en “eventos” pasados que ocurrieron durante el Proceso de Responsabilidad Fiscal. Memorial de Contestación, ¶ 30. Los Demandantes hacen una lectura parcial de *Glamis*, tergiversando el contenido del laudo. Omiten mencionar que, para el tribunal en *Glamis*, el criterio determinante para decidir sobre si las reclamaciones estaban maduras no fue verificar si las mismas estaban basadas en “acontecimientos” pasados, sino, fundamentalmente, si se había materializado ya – en el pasado – un “daño”. **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶ 335. Mientras en *Glamis* el demandante alegó la existencia de un daño ocurrido en el pasado – pérdidas por la imposibilidad de operar la inversión en ausencia de las autorizaciones gubernamentales requeridas (*Id.*, ¶¶ 327, 342) –, en el presente caso no existe - ni ha existido en el pasado – ningún daño a los Demandantes derivado de las supuestas violaciones en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Así, el tribunal de *Glamis* sustenta la posición del Demandado de que, bajo los términos del Tratado, solo pueden someterse a arbitraje las reclamaciones que se encuentren maduras, es decir, aquellas que han causado un daño actual y presente.

³⁴⁴ **Ap. RL-40**, *Glamis*, ¶ 335 (“[L]a cuestión de la madurez depende de la determinación de si las medidas impugnadas de California causaron un daño a los derechos de propiedad del Demandante en el momento en que este presentó su reclamación al arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver ¶¶ 85-88 *supra*.

194. Como lo demostró Colombia en su Memorial, a la fecha de la Notificación de Arbitraje los Demandantes no habían sufrido daño cierto alguno como consecuencia de las supuestas violaciones del Tratado por parte del Demandado en el contexto del Proceso de Responsabilidad Fiscal ni como consecuencia de la violación de un acuerdo de inversión. Para esa fecha, se había apenas emitido el Auto de Imputación, un mero acto administrativo de trámite que no definió la situación jurídica de Foster Wheeler y Process Consultants y que, por lo tanto, mal podría haberles generado un daño.³⁴⁵

195. A sabiendas de que su reclamación no está madura, en su Memorial de Contestación los Demandantes argumentan que el Tribunal debe tomar en cuenta no solo los daños sufridos al momento de la Notificación de Arbitraje sino también aquellos que supuestamente se han materializado con posterioridad.³⁴⁶ El argumento de los Demandantes se apoya en el principio de reparación plena que, según ellos, “sería imposible de lograrse en este caso si las objeciones planteadas por Colombia fueran válidas, pues los daños recientes de l[o]s Demandantes superan en amplia medida los sufridos al momento de la Solicitud de Arbitraje”.³⁴⁷

196. Los Demandantes confunden los daños que pueden resarcirse conforme al derecho internacional con los daños que deben existir antes de que pueda someterse

³⁴⁵ Memorial, ¶¶ 7, 99, 135, 255. Los Demandantes afirman que “[e]n su esfuerzos (sic) por elaborar un argumento que le permita afirmar que l[o]s Demandantes no sufrieron ningún daño, Colombia tergiversa la naturaleza de la inversión de l[o]s Demandantes y dedica varias páginas a explicar que FPJVC recibió el pago correspondiente a los servicios facturados, conforme a lo estipulado en el Contrato, y que los gastos en los que incurrió le fueron reembolsados”. Memorial de Contestación, ¶ 118. Los Demandantes se equivocan. La explicación de Colombia acerca de la naturaleza y estructura de remuneración del Contrato de Servicios nada tiene que ver con su argumento de ausencia de daño y todo que ver con su argumento de ausencia de una inversión cubierta. Ver ¶¶ 239-254, *infra*.

³⁴⁶ Memorial de Contestación, ¶¶ 24-25, 122-123.

³⁴⁷ *Id.*, n. 45. Los Demandantes pretenden presentar este caso como un caso de daño continuo. *Id.*, ¶ 123. No lo es; es un caso de daño hipotético. No se ha materializado a la fecha ningún daño, y no hay certeza alguna sobre si ese daño se materializará en el futuro. Ver n. 372, *infra*.

una disputa a arbitraje conforme al Tratado. Para propósitos de determinar si un reclamo se encuentra maduro y cumple con los requisitos previos previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado solo pueden tomarse en cuenta aquellos daños que se hayan materializado hasta el momento en que se presente la notificación de arbitraje.³⁴⁸ La discusión sobre qué daños pueden tomarse en cuenta para determinar el monto de una eventual compensación es una discusión distinta y completamente irrelevante a la hora de determinar si el reclamo de los Demandantes está maduro.

197. Enfatizando la diferencia entre la existencia de un daño como requisito previo al sometimiento a arbitraje bajo el Tratado, por una parte, y los daños que pueden reclamarse y eventualmente compensarse, por la otra, el tribunal en el caso *Mobil c. Canadá* – el caso principal en que se apoyan los Demandantes para su argumento sobre este punto – indicó:

Para propósitos jurisdiccionales, el Artículo 1116(1) [del TLCAN, que es sustancialmente idéntico al Artículo 10.16.1 del Tratado,] requiere *inter alia* que el inversionista haya sufrido ‘pérdidas o daños en virtud de la violación [del Capítulo XI del TLCAN] o a consecuencia de ella’. . .

[L]a pregunta de si los daños fueron incurridos como para permitir al Tribunal ejercer su jurisdicción bajo el Artículo 1116(1) y otorgar una compensación es diferente a la pregunta de si el monto de esos daños puede ser establecido con la certeza suficiente como para ser compensado.³⁴⁹

³⁴⁸ Ver ¶¶ 85-88, *supra*.

³⁴⁹ **Ap. RL-171**, *Mobil*, ¶¶ 427, 431 (traducción del inglés; énfasis añadido). Apoyándose en *Mobil c. Canada*, los Demandantes afirman que una mera orden de pago es suficiente para “que exista un daño que pueda compensarse en virtud del Artículo 1116 del TLCAN” y que “[l]a existencia de [l]o que el Tribunal debe determinar si es un daño que puede compensarse en virtud del Artículo 1116 del TLCAN” y que “[l]a existencia de [l]o que el Tribunal debe determinar si es un daño que puede compensarse en virtud del Artículo 1116 del TLCAN” en sí misma también constituye una razón suficiente para la jurisdicción”. Memorial de Contestación, ¶¶ 121-122. Lo que los Demandantes parecen sugerir con estas afirmaciones es que el Fallo con Responsabilidad Fiscal es una “orden de pago” que por sí sola satisface el requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado para el sometimiento de una reclamación a arbitraje. Esa postura es incorrecta y el caso *Mobil* no la apoya. La discusión jurisdiccional en el caso *Mobil* giró en torno a si el Tribunal tenía jurisdicción para conocer y decidir sobre la compensación de daños continuos, y no en torno

198. De cualquier manera, el debate sobre cuál es la fecha de corte para verificar el cumplimiento del requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado es irrelevante en este caso porque los Demandantes no han sufrido daño alguno como resultado de las supuestas violaciones del Tratado en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal (ni de la supuesta violación de un acuerdo de inversión), ni para la fecha de presentación de la Notificación de Arbitraje ni tampoco con posterioridad. Los Demandantes no han efectuado pago alguno del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, ya sea de manera voluntaria o forzada, ni tampoco pesan embargos u otras medidas similares sobre sus activos.³⁵⁰ Adicionalmente, considerando el carácter solidario del Fallo con Responsabilidad Fiscal³⁵¹ y las dificultades prácticas en la búsqueda, identificación y eventual embargo de bienes en el extranjero,³⁵² no es posible saber con certeza si los Demandantes en efecto sufrirán algún daño.³⁵³

199. Existe una diferencia fundamental entre este caso y el caso de *Glencore c. Colombia*, que los Demandantes citan repetidamente porque supuestamente apoya su posición acerca de la existencia de un “daño”. Contrario a lo que ocurre en este caso, el

a si se había ya materializado un daño que permitiera a los demandantes en ese caso someter una reclamación a arbitraje bajo el TLCAN. En *Mobil* no existió, como sí existe en este caso, un cuestionamiento sobre la madurez del reclamo, sino más bien una discusión sobre si la jurisdicción del Tribunal abarcaba tanto daños pasados como daños futuros. Si bien el tribunal en *Mobil* determinó que en principio tenía jurisdicción para conocer sobre daños futuros, también indicó que solo podrían compensarse daños actuales. Al fin de cuentas, al analizar los reclamos específicos de los demandantes, el tribunal en *Mobil* encontró que no existía ningún daño actual pues, aunque el gobierno canadiense había emitido órdenes de pago específicas, no había intimado el pago ni fijado ninguna fecha perentoria de pago o sanción en caso de no pago. **Ap. RL-171**, *Mobil*, ¶¶ 429, 440, 469-472, 477-478. Ver nn. 347, 372, *infra*.

³⁵⁰ A la fecha de esta Réplica, solo las compañías aseguradoras declaradas como terceras civilmente responsables han realizado pagos del Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ver ¶ 51, *supra*.

³⁵¹ Memorial, ¶¶ 88, 108, 150, 275, n. 515; ¶ 52, *supra*.

³⁵² Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶¶ 35, 36, 46; Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 41, n. 71; Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 34, n. 78; ¶ 59, n. 102, *supra*.

³⁵³ Respuesta a la Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 34, 35; ¶¶ 52, 59, *supra*.

demandante en *Glencore* efectivamente pagó el monto del fallo con responsabilidad fiscal antes de iniciar el arbitraje, por lo que para el momento de la notificación de arbitraje ya existía un daño cierto – y una reclamación madura. Los Demandantes arguyen que “Colombia cita el caso *Glencore* para exigir a l[o]s Demandantes que ‘paguen voluntariamente’ los daños que Colombia reclama con anterioridad a que l[o]s Demandantes puedan comenzar un arbitraje para reclamar esos daños”.³⁵⁴ Colombia no argumenta tal cosa. Lo que el Demandado argumenta es que los Demandantes no han sufrido daño alguno y por lo tanto no pueden presentar una reclamación bajo el Tratado ni mucho recibir una compensación ya que no hay ningún daño que reparar.

200. El mero hecho de que los Demandantes hayan presentado una Solicitud de Medidas Provisionales confirma la ausencia de un “daño actual real” en este caso. Los Demandantes mismos lo admiten, manifestando expresamente que las medidas provisionales eran necesarias para evitar que se materializara el daño que el Arbitraje intenta prevenir. En sus propias palabras:

La ejecución, o intento de ejecución, de la Decisión de la CGR contra FW probablemente [REDACTED], y agravaría la disputa entre las partes al mismo tiempo que este arbitraje está pendiente, que busca precisamente prevenir dicho daño.³⁵⁵

201. La Solicitud de Medidas Provisionales en sí misma constituye un reconocimiento por parte de los Demandantes de que no han sufrido una pérdida o daño

³⁵⁴ Memorial de Contestación, ¶ 133.

³⁵⁵ **Ap. R-93**, Carta de los Demandantes a la Demandada, 24 de agosto de 2021, p. 2 (traducción del inglés; énfasis añadido). *Ver también*, Solicitud de Medidas Provisionales, ¶¶ 126, 131, 146, 149.

derivado de las supuestas violaciones de Colombia en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal.³⁵⁶

202. Los Demandantes también admitieron en su Memorial de Contestación que este procedimiento arbitral tiene carácter puramente preventivo ya que el supuesto daño que reclaman no se ha materializado. Según los Demandantes:

Colombia cuantificó el monto de bienes o dinero que pretende tomar de la Demandante (sin fundamento), y este procedimiento representa el máximo empeño de l[os] Demandantes para evitar tal injusticia.³⁵⁷

203. En su Memorial de Contestación, los Demandantes no disputan que la existencia de una pérdida o daño en virtud o como resultado de las supuestas violaciones del Tratado sea un requisito sine qua non para la presentación de una reclamación a arbitraje. Sin embargo, sostienen que han satisfecho el requisito del Artículo 10.16.1 del Tratado porque supuestamente han sufrido daños reputacionales a causa de su vinculación al Proceso de Responsabilidad Fiscal, así como incurrido en gastos legales

³⁵⁶ [REDACTED]. Lo que los Demandantes buscaban al efectuar su Solicitud de Medidas Provisionales es justamente prevenirlo. En la Audiencia sobre Medidas Provisionales, los Demandantes se refirieron siempre a sus supuestos daños de manera prospectiva. *Ver por ejemplo*, Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales, p. 14 (“[C]obrar un Laudo por US\$ 800 millones, y más aún un Laudo por US\$ 997 millones[.]” [REDACTED] p. 15 (“Si se permite que Colombia vaya por el mundo buscando, embargando, confiscando y vendiendo los activos de los Demandantes, [REDACTED] p. 21 (“Las Medidas que solicitamos van a preservar el negocio de los Demandantes mientras esto se adelanta . . . El riesgo desproporcionado es que[.] sin este remedio[.] [REDACTED] p. 80 (“[La] ausencia de Medidas Provisionales podría estar diseñada con un sólo propósito, esto es, [REDACTED] antes de que hayamos tenido la oportunidad de presentar ante este Tribunal nuestro caso de que este procedimiento, el de la CGR, violó diversos derechos, sustantivos y procesales, bajo el Tratado. Esos todavía no están maduros para disposición.”) (traducción del inglés).

³⁵⁷ Memorial de Contestación, ¶ 132 (énfasis añadido).

“significativos” defendiéndose en dicho proceso.³⁵⁸ Ninguna de esas dos supuestas categorías de daños permiten a los Demandantes satisfacer el requisito previsto en el Artículo 10.16.1.³⁵⁹

(1) Los Demandantes No Han Probado que Han Sufrido un Daño Reputacional, e Incluso si Lograran Probarlo, Dicho Daño Es el Resultado de sus Propias Conductas, No de los Actos de Colombia

204. Los Demandantes afirman que han sufrido un daño reputacional como consecuencia de las supuestas violaciones perpetradas por Colombia en el curso del Proceso de Responsabilidad Fiscal,³⁶⁰ pero no han demostrado, ni siquiera *prima facie*, la existencia de ese daño. Sus afirmaciones, sin más, no son suficientes para satisfacer el requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado.³⁶¹

³⁵⁸ *Id.*, ¶¶ 29, 121. Cabe recordar que el Tribunal no tiene la facultad de otorgar las formas de reparación que los Demandantes solicitan en este Arbitraje. Ver ¶¶ 216-236, *infra*. Por otra parte, los Demandantes también afirman que, si el Fallo con Responsabilidad Fiscal se ejecuta en contra de Foster Wheeler y Process Consultants, [REDACTED] Memorial de Contestación, ¶ 120. Ese nuevo argumento no les ayuda, porque el hecho sigue siendo que a la fecha no han sufrido ningún daño cierto como resultado de la conducta supuestamente violatoria de Colombia.

³⁵⁹ Según lo indicó Colombia en su Memorial, para poder someter una reclamación a arbitraje conforme al Artículo 10.16 del Tratado, cuando un inversionista sostiene que ha existido una violación de una obligación sustantiva del Tratado y esa obligación sustantiva protege solamente a la inversión cubierta y no al inversionista, la pérdida o daño debe haber sido sufrida por la inversión cubierta. Ver Memorial, ¶¶ 258-259, **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 62 (“El [Tratado] EE.UU.-Colombia autoriza a los demandantes a solicitar daños y perjuicios por violaciones de obligaciones específicas del [Tratado]. Sin embargo, de acuerdo con la discusión anterior en el párrafo 5, para las obligaciones del [Tratado] que solo se extienden a las inversiones cubiertas, un tribunal solo puede otorgar daños por violaciones cuando la inversión cubierta haya incurrido en daños. Un tribunal no tiene competencia para otorgar daños en los que un demandante incurrió en su calidad de inversionista por violaciones de las obligaciones que solo se extienden a las inversiones cubiertas.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-56**, *Presentación de EE.UU. en Omega*, ¶ 47. Los Demandantes mencionan pero no abordan este argumento en su Memorial de Contestación. Memorial de Contestación, ¶ 117.

³⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶ 121.

³⁶¹ Si bien el Artículo 10.20.4 del Tratado señala que al decidir acerca de una objeción conforme a dicha disposición el Tribunal “asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante con el objeto de respaldar cualquier reclamación que aparezca en la notificación de arbitraje”, el Tribunal no puede ni debe asumir como ciertos alegatos jurídicos (incluso aquellos disfrazados como alegatos de

205. Pero incluso si los Demandantes lograran demostrar que se han sufrido un “un daño sustancial” a su “reputación y crédito”,³⁶² ese daño no se habría materializado en virtud o como resultado de las supuestas conductas de Colombia [REDACTED]

206. El Artículo 10.16.1 del Tratado requiere que exista una “causalidad próxima” o un “nexo causal suficiente” entre el incumplimiento alegado y el daño sufrido.³⁶³ En este caso no existe relación alguna de causalidad entre las supuestas violaciones en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal y el daño reputacional a los Demandantes.

207. [REDACTED]

[REDACTED]³⁶⁴

(2) Los Gastos Legales Incurridos por los Demandantes en su Defensa en el Proceso de Responsabilidad Fiscal No Constituyen “Pérdidas o Daños” Bajo el Artículo 10.16.1

208. Los Demandantes también argumentan que las pérdidas o daños que los habilitan para iniciar un arbitraje bajo el Tratado son las “importantes erogaciones en concepto de honorarios por asesoramiento jurídico para su defensa en [el Procedimiento

hecho) o conclusiones que no se encuentren respaldadas por los alegatos de hecho relevantes, y también debe considerar cualquier otro hecho pertinente que no esté bajo disputa. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.20.4. Ver ¶¶ 79, *supra*.

³⁶² Notificación de Arbitraje, ¶ 206.

³⁶³ Ver Memorial, n. 507.

³⁶⁴ Ver ¶¶ 67-77, *supra*.

de Responsabilidad Fiscal]”.³⁶⁵ Sin embargo, esos gastos legales no pueden considerarse “daños” resarcibles sino cargas jurídicas ordinarias que deben ser soportadas por los Demandantes como parte de sus costos de hacer negocios en Colombia.

209. En una sentencia del 2019, el Consejo de Estado – la máxima corte de la jurisdicción contencioso administrativa de Colombia – expresamente indicó que los gastos incurridos por un investigado en un proceso de responsabilidad eran una “carga jurídica que el investigado estaba en la legítima obligación de soportar”.³⁶⁶ Al rechazar la pretensión indemnizatoria de unos ciudadanos quienes, tras haber sido investigados por la CGR, reclamaban reparación por los costos y gastos (incluyendo honorarios profesionales, viajes y copias) incurridos durante el proceso de responsabilidad fiscal, el Consejo de Estado indicó:

[L]a simple iniciación de un proceso fiscal no implica en sí mismo una afectación a los derechos del investigado, pues la instrucción se realiza en uso de la obligación legal de ejercer un control frente a las posibles actuaciones que puedan ser constitutivas de un detrimento fiscal. . . . De conformidad con lo anterior, ha de concluir la Sala que: (i) frente a unos hechos que merecían investigación, la Contraloría General de la República inició el proceso fiscal, en el ejercicio legítimo de sus funciones; . . . (iii) el daño no resulta antijurídico, en la medida en que el proceso fiscal era una carga que debía soportar el sindicado.³⁶⁷

³⁶⁵ Memorial de Contestación, ¶ 121.

³⁶⁶ **Ap. RL-141**, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia, 14 de junio de 2019 (Orienny Mosquera López y otros c. Nación-Contraloría General de la República), p. 24.

³⁶⁷ *Id.*, pp. 20, 24 (énfasis añadido).

210. Por tratarse de una carga que debían soportar los Demandantes, los gastos incurridos en la defensa del Proceso de Responsabilidad Fiscal no pueden considerarse daños o pérdidas dentro del sentido del Artículo 10.16.1 del Tratado.

* * *

211. Los Demandantes se lamentan de los requisitos de madurez de la reclamación previstos en el Artículo 10.16.1 del Tratado, y pretenden que este Tribunal ignore el lenguaje expreso del Tratado y escuche sus reclamaciones a pesar de que no han sufrido daño alguno – pecuniario o no – como consecuencia de la conducta supuestamente violatoria de Colombia. Según los Demandantes, [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED],³⁶⁸ y “[s]ugerir . . . [que su reclamación no está madura] equivaldría a fomentar resultados absurdos, como la necesidad de iniciar un segundo arbitraje cuando el daño causado a l[o]s Demandantes ya se ha[ya] materializado plenamente”.³⁶⁹

212. Lo que es perverso es que los Demandantes pretendan invocar la protección del Tratado, pero no estén dispuestos a cumplir con los requisitos allí previstos para el sometimiento de una reclamación a arbitraje. Colombia nunca ha afirmado que los Demandantes [REDACTED] antes de poder iniciar un reclamo. Dejando de lado el hecho de que el procedimiento de cobro del Fallo con Responsabilidad Fiscal no [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] para los Demandantes,³⁷⁰ lo único que Colombia demanda es que se verifique el cumplimiento

³⁶⁸ Memorial de Contestación, ¶ 132.

³⁶⁹ *Id.*, ¶ 31.

³⁷⁰ Como ya lo explicó Colombia, [REDACTED] la CGR tendría que [REDACTED]
[REDACTED] La probabilidad de que eso ocurra es ínfima,

del requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado: que se haya materializado algún daño como consecuencia de la supuesta conducta violatoria del Demandado. No se ha materializado ninguno, y eso es suficiente para que este Tribunal deseche la reclamación de los Demandantes en su totalidad.

213. Los Demandantes mismos fueron quienes se colocaron en el aprieto en que se encuentran ahora. Si no hubieran iniciado un arbitraje “preventivo”, antes de haber sufrido un daño y sin que su reclamación se encontrara madura, no tendrían ahora que considerar si deben iniciar un segundo proceso cuando los supuestos daños que temen se materialicen (si es que se materializan).

214. En todo caso, un segundo arbitraje no tendría nada de absurdo. Así lo admitió el tribunal en el caso *Mobil c. Canadá* – que los Demandantes citan a pesar de que no les ayuda³⁷¹ – al negarse a otorgar daños reclamados que no se habían materializado y, por lo tanto, no eran ciertos:

En nuestra opinión, no existe fundamento para otorgar en este momento una compensación por daños futuros de carácter incierto. Debido a que la implementación de las Guías del 2004 corresponde a una vulneración continuada, los Demandantes podrán solicitar, en un nuevo procedimiento arbitral TLCAN, compensación por aquellas pérdidas que se hayan acumulado pero que no son ciertas para el momento de este procedimiento.³⁷²

además de que no podrá rematarse ningún bien sino hasta que las cortes de la jurisdicción contencioso administrativa se pronuncien definitivamente sobre las acciones de nulidad que presenten los responsables fiscales contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal. Ver ¶ 48, n. 86, *supra*.

³⁷¹ Ver Memorial de Contestación, ¶ 122; n. 349, *supra*.

³⁷² **Ap. RL-171**, *Mobil*, ¶ 478 (traducción de inglés; énfasis añadido). A diferencia del caso *Mobil c. Canadá*, este caso no es, de ninguna manera, un caso de daño continuo, sino un caso de daño hipotético. Los Demandantes no han sufrido a la fecha ningún daño que continúe incurriéndose, sino que todas sus reclamaciones dependen de una eventual ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal en contra de sus activos, sin certeza alguna sobre si eso ocurrirá o no dado el carácter solidario del mismo y las dificultades prácticas en la búsqueda y embargo de bienes en el extranjero. Ver ¶ 63, n. 347 *supra*.

215. Al fin de cuentas, lo cierto es que la reclamación que el Tribunal tiene en frente suyo es completamente prematura y debe ser desechada sin más porque ni para la fecha de la Notificación de Arbitraje, ni tampoco en la actualidad, los Demandantes han sufrido una pérdida o daño en virtud o como resultado de las supuestas violaciones de Colombia en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal. La inexistencia de un daño cierto constituye un incumplimiento del requisito previsto en el Artículo 10.16.1 del Tratado, e impide a este Tribunal dictar un laudo favorable para los Demandantes.

II.

Las Pretensiones que Solicitan los Demandantes Están por Fuera de las Facultades del Tribunal Conforme al Artículo 10.26 del Tratado

216. En su Memorial, Colombia explicó que el Tribunal no puede dictar un laudo favorable para los Demandantes debido a que no se encuentra facultado bajo el Artículo 10.26 del Tratado para otorgar la reparación que solicitan en este Arbitraje.³⁷³ En particular, el Artículo 10.26 del Tratado no faculta al Tribunal (A) para otorgar daños morales; (B) para otorgar órdenes no pecuniarias o *injuncti*ons; ni (C) para otorgar un laudo compensatorio (“*offsetting award*”). Los Demandantes no han sido capaces en su Memorial de Contestación de refutar los argumentos de Colombia con respecto a las limitaciones que el Tratado impone a las facultades del Tribunal, que le impiden emitir el laudo que le solicitan.

³⁷³ Memorial, ¶¶ 262-278.

A. El Tribunal No se Encuentra Facultado Para Otorgar Daños Morales, Ya Sea que Estos Sean Considerados Daños No Pecuniarios o Daños Punitivos

217. El Tribunal no se encuentra facultado para otorgar la compensación que solicitan los Demandantes en la forma de “daños morales” debido a que el Tratado limita expresamente su facultad al otorgamiento de daños pecuniarios, y prohíbe el otorgamiento de daños punitivos.³⁷⁴

218. En su Memorial de Contestación, los Demandantes argumentan que los daños morales se encuentra permitidos por el derecho internacional y que no son daños punitivos,³⁷⁵ pero nada dicen respecto a su carácter de daños no pecuniarios – que son daños que el Tribunal tampoco tiene facultad para otorgar.³⁷⁶ Dicho de otro modo, ya sea que los daños morales sean considerados daños no pecuniarios o daños punitivos, resulta claro que el Tribunal no se encuentra facultado para otorgarlos, por lo que el Tribunal, como cuestión de derecho, no puede dictar un laudo favorable para los Demandantes otorgándoles esta reparación.

219. Por más que a los Demandantes no les guste, el Tratado expresamente limita las facultades del Tribunal y las formas de reparación que este puede otorgar.³⁷⁷ El Artículo 10.26.1 del Tratado establece que un tribunal se encuentra únicamente

³⁷⁴ *Id.*, ¶¶ 263-268. Los Demandantes caracterizan erróneamente la posición de Colombia. Memorial de Contestación, ¶ 125. Colombia nunca dijo que los daños morales eran daños punitivos, sino que son “daños no pecuniarios” que “pueden tener un carácter punitivo”. Memorial, ¶ 263. Notablemente, los Demandantes cuestionan únicamente que los daños morales sean considerados daños punitivos, pero no cuestionan que los daños morales sean considerados daños no pecuniarios.

³⁷⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 125-131.

³⁷⁶ Independientemente del hecho que este Tribunal no se encuentra facultado para otorgar daños morales, tampoco existe ninguna evidencia, ni siquiera *prima facie*, de que los Demandantes hayan sufrido un daño reputacional. Ver ¶ 204, *supra*.

³⁷⁷ Memorial, ¶ 264, n. 524.

facultado para otorgar “daños pecuniarios” (“*monetary damages*”),³⁷⁸ y el Artículo 10.26.3 dispone que “[u]n tribunal no está autorizado para ordenar el pago de daños que tengan carácter punitivo”.³⁷⁹ Por tal motivo, un Tribunal constituido bajo el Tratado solo puede emitir un laudo sujeto a las limitaciones y exclusiones previstas en el Artículo 10.26, y debido a que los daños morales son caracterizados como daños no pecuniarios (o de carácter punitivo), el Tribunal no se encuentra facultado para otorgarlos.

220. La alegación de los Demandantes respecto a que Colombia hace un argumento de *lex specialis*, resulta francamente inentendible.³⁸⁰ Contrariamente a lo que insinúan los Demandantes, Colombia no ha invocado el principio de *lex specialis* (en ningún lado del Memorial se menciona ese principio) para respaldar su posición respecto a que el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar daños morales. Colombia simplemente ha resaltado que el Tratado expresamente limita las facultades del Tribunal, y en particular excluye el otorgamiento tanto de daños no pecuniarios como de daños punitivos, lo que por derivación lógica implica que el Tribunal no se encuentra facultado para otorgar daños morales – ya sea que estos sean considerados daños no pecuniarios o daños punitivos. Mucho menos aún es posible sostener que existe una potencial “conflicto” entre el Artículo 10.26.1 y el Artículo 10.26.3 del Tratado;³⁸¹ por el contrario, ambos en forma concordante y consistente dejan claro que el Tribunal solo se encuentra facultado para otorgar daños pecuniarios.

³⁷⁸ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.26.1 (la versión en español utiliza la expresión “daños pecuniarios” y la versión en inglés utiliza la expresión “*monetary damages*”).

³⁷⁹ *Id.*, Artículo 10.26.3.

³⁸⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 126-127.

³⁸¹ *Id.*, ¶ 127.

221. Entonces, ante el texto inequívoco del Tratado, el argumento principal de los Demandantes se circunscribe a que los daños morales no son daños punitivos, sino daños compensatorios.³⁸² Los Demandantes no cuestionan que bajo el derecho internacional los daños morales son considerados daños no pecuniarios.³⁸³ Si bien existen diversas autoridades legales que consideran que los daños morales son daños que tienen una función punitiva, y muchas otras que consideran que los daños morales son daños no pecuniarios (o no monetarios),³⁸⁴ dicha discusión académica resulta

³⁸² *Id.*, ¶¶ 127-128.

³⁸³ Memorial, ¶ 265. Incluso las autoridades legales que citan los Demandantes contienen referencias al daño moral como un daño no pecuniario. Ver **Ap. CL-153**, Ceren Zeynep Pirim, *Reparation by Pecuniary Means of Direct Moral Damages Suffered by States as a Result of Internationally Wrongful Acts*, 11 JOURNAL OF INTERNATIONAL DISPUTE SETTLEMENT 242 (2020), pp. 253-254, 257 (en donde se alude, en diversos contextos, a los daños morales como “daños no pecuniarios”) (traducción del inglés); **Ap. CL-154**, Patrick Dumberry, CONTEMPORARY AND EMERGING ISSUES ON THE LAW OF DAMAGES AND VALUATION IN INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION (Brill 2018), n. 4 (en donde también se alude a los daños morales como “daños no pecuniarios” resultantes del “dolor y la angustia mental”, en el marco la Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-144**, *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo)*, Corte Internacional de Justicia, Fallo – Compensación Debida por la República Democrática del Congo a la República de Guinea, I.C.J. REPORTS 324, 19 de junio de 2012, ¶¶ 24-25 (en donde la Corte Internacional de Justicia describió los daños morales como una compensación por “daños no materiales”, notando que la “[c]uantificación de la compensación por daños no materiales necesariamente depende de consideraciones de equidad”,³⁸³ ya que el daño no es financieramente evaluable) (traducción del inglés); **Ap. RL-148**, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 3 de diciembre de 2001 (Reparaciones y Costas), ¶ 53 (en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó los daños morales o “daños no pecuniarios” (o inmateriales) de forma separada de los daños pecuniarios, y señaló que “[e]s una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario”, los tribunales deban guiarse por principios de equidad para su otorgamiento.). Conforme a los Artículos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (“CDI”) sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (“Artículos de la CDI”), se establece que la obligación de indemnización cubre cualquier daño que sea “susceptible de evaluación financiera”, lo que excluye los daños morales. Ver Memorial, n. 529. Los Demandantes tergiversan la posición de Colombia y se refieren a la “afirmación desconcertante de Colombia de que los Artículos de la CDI ‘excluy[en] al daño moral’”. Memorial de Contestación, ¶ 129. Sin embargo, eso no es lo que argumentó Colombia. Lo que sostuvo Colombia es que los Artículos de la CDI establecen que “la obligación de indemnización cubre cualquier daño que sea ‘susceptible de evaluación financiera’, lo que excluye los daños morales”. Memorial, ¶ 265. Ver también Memorial, n. 529. Ello no implica que los daños morales no sean reconocidos por los Artículos de la CDI o que no puedan ser reparados por medio de otra forma de reparación, como la satisfacción. Ver n. 387, *supra*.

³⁸⁴ Ver Memorial, ¶ 266; **Ap. RL-151**, Reza Mohtashami, Romilly Holland y Farouk El-Hosseny, *Non-Compensatory Damages in Civil- and Common-Law Jurisdictions - Requirements and Underlying Principles*, en THE GUIDE TO DAMAGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION 22 (2d ed., GAR 2018), p. 29, n. 107 (“A pesar de que los daños morales se consideran compensatorios tanto en el sistema civil como en el del

irrelevante a los efectos de la presente objeción, ya que el Tratado prohíbe el otorgamiento tanto de daños punitivos como de daños no pecuniarios, lo que conlleva la imposibilidad que el Tribunal otorgue daños morales – independientemente de cómo se los caracterice.

222. Por otro lado, el hecho que los daños morales se encuentren reconocidos bajo el derecho internacional, o que otros tribunales de inversión hayan otorgado daños morales en ciertas situaciones excepcionales, resulta irrelevante para el presente caso.³⁸⁵ Lo único relevante es que el Artículo 10.26 del Tratado prohíbe el otorgamiento de daños morales (al prohibir el otorgamiento de daños no pecuniarios y de daños punitivos), por lo que el hecho que algunos tribunales internacionales hayan otorgado daños morales no sirve para dejar de lado el claro lenguaje del Tratado.

common law (así como en el derecho internacional), se diferencian de los daños monetarios. Además, algunos laudos recientes en el marco de tratados de inversiones demuestran que se empieza a entender que los daños morales tienen una función punitiva (y, por tanto, no compensatoria). . . . Cabe señalar que el daño moral también puede denominarse daño ‘no pecuniario’, ‘no económico’, ‘no material’ o ‘intangibles’.) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-152**, Stephen Jagusch y Thomas Sebastian, *Moral Damages in Investment Arbitration: Punitive Damages in Compensatory Clothing?*, 29(1) ARBITRATION INTERNATIONAL 45 (2013), pp. 45-46, 62 (“Parece haber dos concepciones de los daños morales. La primera es como un remedio compensatorio para una categoría particular de daños - aquellos que implican angustia mental. La segunda es una forma de daños punitivos. . . . En resumen: a. Los daños morales pueden considerarse como multas por un comportamiento atroz o como compensación por un daño no pecuniario. b. Si son multas, entonces concederlos es un paso radical para los tribunales porque los daños punitivos no se encuentran bien reconocidos en el derecho internacional público. Los tribunales que pretendan otorgar daños punitivos estarían introduciendo un recurso novedoso por motivos que no han sido acordados en los tratados que deben aplicar. c. El mejor entendimiento, por lo tanto, es que los daños morales son una compensación por un perjuicio no pecuniario.”.) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-153**, Simon Weber, *Demistifying Moral Damages in International Investment Arbitration*, 19 LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 417 (2020), pp. 419, 432 (“La definición más sencilla de daño moral es ‘un daño que no es material’. Un daño material es una pérdida financiera o económica y, por lo tanto, puede expresarse en términos monetarios. Por el contrario, un daño moral no puede expresarse en términos monetarios y, por lo tanto, no puede cuantificarse objetivamente. . . . [E]l daño moral no puede cuantificarse objetivamente, lo que excluye el otorgamiento de una indemnización.”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

³⁸⁵ Memorial de Contestación, ¶¶ 128-131. Ver Memorial, nn. 533-534

223. Los Demandantes asimismo argumentan que el principio de reparación plena del derecho internacional no puede alcanzarse sin la reparación de los daños morales.³⁸⁶ Una vez más, los Demandantes ignoran que el Tratado establece una limitación expresa a la facultad del Tribunal para el otorgamiento de daños no pecuniarios y daños punitivos, lo que imposibilita que el Tribunal otorgue daños morales.³⁸⁷

224. En conclusión, el Artículo 10.26 del Tratado circunscribe expresamente las facultades del Tribunal, y no faculta al Tribunal al otorgamiento de los daños morales que aquí reclaman los Demandantes.³⁸⁸

B. El Tribunal Tampoco se Encuentra Facultado Para Otorgar Órdenes No Pecuniarias o *Injunctions*, Como los Propios Demandantes Parecen Reconocer

225. En su Notificación de Arbitraje, los Demandantes también le solicitaron al Tribunal que impida cualquier intento de la CGR u otro órgano de Colombia de embargar cualquier activo de los Demandantes en Colombia o en cualquier otro lugar.³⁸⁹ Colombia

³⁸⁶ Memorial de Contestación, ¶ 129.

³⁸⁷ Memorial, n. 524; **Ap. RL-142**, Borzu Sabahi, COMPENSATION AND RESTITUTION IN INVESTOR-STATE ARBITRATION: PRINCIPLES AND PRACTICE (Oxford University Press 2011), p. 138 (“En general, los tratados de inversiones no parecen limitar las facultades de un tribunal para otorgar una indemnización por daños morales. Los tribunales arbitrales, siempre que tengan competencia sobre una controversia, pueden otorgar una indemnización por el daño moral causado al inversionista o a la inversión, a menos que exista una limitación para conceder una indemnización en tales casos en el tratado aplicable.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). La referencia de los Demandantes a los Artículos de la CDI no los ayuda, pues la reparación íntegra o plena del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito incluye tanto la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción. **Ap. RL-138**, Comisión de Derecho Internacional, *Texto del proyecto de artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, con comentarios*, 2(2) ANUARIO DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL 26 (2001), Artículo 34. Sin embargo, conforme a las limitaciones establecidas en las formas de reparación en el Tratado, el Tribunal no podría otorgar la satisfacción como una forma de reparación, y no por ello la reparación dejaría de ser íntegra o plena. En otras palabras, si bien la reparación debe ser íntegra, las formas de reparación se pueden encontrar limitadas, como es el caso del Tratado.

³⁸⁸ En cualquier caso, como ya lo indicó el Demandado, los supuestos daños morales sufridos por los Demandantes no son el resultado de los supuestos actos violatorios de Colombia. Ver ¶¶ 67-77 *supra*.

³⁸⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 216(c).

explicó en su Memorial que el Artículo 10.26 del Tratado no permite el otorgamiento de órdenes no pecuniarias o *injuncti*ons como las que solicitan los Demandantes en este caso. Sorprendentemente, los Demandantes en su Memorial de Contestación no dicen nada al respecto, implícitamente aceptando que el Tribunal no tiene la facultad para otorgar el tipo de reparación que solicitaron originalmente.

226. El Tratado expresamente limita las facultades del Tribunal al otorgamiento “únicamente” de daños pecuniarios o a la restitución de la propiedad, lo que implica que este no se encuentra facultado para otorgar las órdenes no pecuniarias o *injuncti*ons que solicitan los Demandantes.³⁹⁰ Ello se traduce en que el Tribunal no puede impedir la aplicación de la medida que supuestamente constituye una violación del Tratado, ni mucho menos modificar o solicitar que esta se deje sin efecto.³⁹¹

227. En conclusión, como los propios Demandantes implícitamente reconocen al no insistir con esta forma de reparación en su Memorial de Contestación, el Tribunal no tiene facultad bajo el Tratado para otorgar órdenes no pecuniarias o *injuncti*ons.

³⁹⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.26; Memorial, ¶¶ 269-271.

³⁹¹ Los Demandantes han intentado obtener esa misma orden no pecuniaria por medio de una medida provisional. Sin embargo, el Tribunal no se encuentra facultado para el otorgamiento de una orden no pecuniaria ni en forma interina ni en forma permanente. Ver Respuesta a Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 9; **Ap. RL-37**, L. Caplan y J. Sharpe, *United States*, pp. 835-836 (“[E]l Artículo [10.20.8], que refleja el Artículo 1134 del TLCAN, dispone que un tribunal puede decretar (incluyendo vía recomendación) medidas provisionales de protección para preservar los derechos de una parte en disputa o para asegurar que la jurisdicción del tribunal sea plenamente efectiva. [E]l Artículo [10.20.8], sin embargo, no es ilimitado. Un tribunal no puede ordenar el embargo o prohibir la aplicación de una medida que supuestamente constituya una violación en los términos del Artículo [10.16]. Esta disposición, entonces, complementa al Artículo [10.26], el cual limita las órdenes finales de restitución de propiedad o daños monetarios.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-121**, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 618 (“[Un] tribunal no tendría la autoridad de ordenar a un estado anfitrión no adoptar o no aplicar una ley. Esta cláusula se basa en el Artículo 1135 del TLCAN [el cuál es idéntico al Artículo 10.26 del Tratado]. Este responde a las preocupaciones elevadas por los críticos de que los tribunales de arbitraje inversionista-estado tendrían el poder de invalidar la ley de los EE.UU. o de anular decisiones de cortes de los EE.UU.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

C. El Tribunal No Puede Otorgar un Laudo Compensatorio Debido a que No se Encuentra Facultado Para Resarcir Daños Hipotéticos Ni Para Emitir Laudos Declarativos

228. Colombia también explicó que el Tribunal no puede otorgar el laudo compensatorio (equivalente al monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal)³⁹² que los Demandantes solicitan debido a que no se encuentra facultado bajo el Tratado a resarcir daños hipotéticos.

229. Como ya indicó la Demandada en reiteradas oportunidades, hasta el momento los Demandantes no han realizado un pago voluntario ni forzado del monto de la responsabilidad fiscal allí determinado, por lo que no existe un daño pecuniario cierto que pueda ser compensado por este Tribunal en un laudo bajo el Artículo 10.26 del Tratado.³⁹³ Los propios Demandantes admitieron en su Solicitud de Medidas Provisionales que todavía no han sufrido ningún daño.³⁹⁴

³⁹² Notificación de Arbitraje, ¶ 216(b)(1) (solicitando “un laudo compensatorio igual a cualesquiera montos otorgados en el procedimiento ante la CGR.”) (traducción del inglés).

³⁹³ Memorial, ¶¶ 272-278. El requisito de que un daño debe ser cierto, y no meramente hipotético, para ser indemnizable se encuentra ampliamente reconocido en el derecho internacional de las inversiones. Ver Memorial, ¶ 273; Notificación de Arbitraje, ¶ 214 (citando un artículo de Marc Allepuz, titulado “*Moral Damages in International Investment Arbitration*” (Revista del Club Español del Arbitraje), en el cual se pregona que un tribunal arbitral debe otorgar daños y perjuicios “cuando la existencia del daño es cierta.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-168**, *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/84/3, Laudo sobre el Fondo, 20 de mayo de 1992, ¶ 189 (reconociendo que se trata de un principio básico que aquellos daños “posibles pero contingentes e indeterminados” no pueden ser compensados por un tribunal arbitral) (traducción del inglés); **Ap. RL-169**, *Occidental Exploration and Production Company c. República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Sentencia Final, 1 de julio de 2004 (“*Occidental*”), ¶ 210 (disponiendo no ordenar el pago de compensación o el reembolso de montos que “aún no [eran] exigibles o no se [habían] pagado”, ya que los daños “contingentes e indeterminados” no podían ser compensados); **Ap. RL-170**, *Mohammad Ammar Al-Bahloul c. República de Tayikistán*, Caso SCC No. V(064/2008), Laudo Final, 8 de junio de 2010, ¶ 103 (señalando que “[e]n la medida en que el Demandante está ahora sugiriendo que el Demandado debe ser responsable . . . por daños que todavía no han ocurrido, o no pueden todavía calcularse, pero que pueden ocurrir en el futuro como resultado de circunstancias futuras”, dichas cuestiones no podían ser resueltas por ese tribunal.) (traducción del inglés). Asimismo, la configuración de un daño (es decir, la existencia de un daño cierto y no meramente hipotético), es un requisito imprescindible bajo el Tratado para que se pueda someter a arbitraje una reclamación válida. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.1; Memorial, ¶¶ 251-261.

³⁹⁴ Ver ¶ 200, *supra*.

230. Sin embargo, los Demandantes argumentan en su Memorial de Contestación que, como el Fallo con Responsabilidad Fiscal es ahora “final”, y Colombia ha solicitado asistencia a distintos países para localizar activos de los Demandantes en anticipación de un embargo y se niega acordar la suspensión de su ejecución, los daños incurridos por los Demandantes ya no son más “meramente hipotético[s]” o “indeterminado[s]”.³⁹⁵

231. Los Demandantes se equivocan, pues hasta que tengan que realizar algún pago (ya sea voluntario o forzado) para satisfacer el Fallo con Responsabilidad Fiscal, sus daños continuarán siendo meramente hipotéticos porque no existe certeza alguna de si se materializarán.³⁹⁶ Primero, el Fallo con Responsabilidad Fiscal establece la responsabilidad solidaria de Foster Wheeler y Process Consultants y de los demás responsables fiscales, y por ende es imposible saber si en algún momento tendrán que efectuar el pago total o parcial del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal.³⁹⁷ Segundo, el Fallo con Responsabilidad Fiscal se encuentra sujeto a diversos recursos judiciales, por lo cual eventualmente podría declararse nulo.³⁹⁸ Tercero, el cobro coactivo contra Foster Wheeler y Process Consultants enfrenta enorme dificultades legales y

³⁹⁵ Memorial de Contestación, ¶ 132.

³⁹⁶ Ver ¶¶ 63, 198, nn. 347, 349, 372, *supra*.

³⁹⁷ Memorial, ¶¶ 88, 108, 150, n. 515; ¶¶ 31, 63, *supra*. Como fuera señalado, parte del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal ya ha sido pagado por los terceros civilmente responsables. Ver ¶¶ 50-52 *supra*. Si Foster Wheeler, Process Consultants o los demás responsables fiscales no realizan un pago voluntario del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal que aún no ha sido pagado, la CGR podría iniciar un procedimiento de cobro coactivo contra Foster Wheeler y Process Consultants, o podría optar por embargar y/o ejecutar bienes de otras personas naturales o jurídicas o individuos encontrados responsables fiscales.

³⁹⁸ Memorial, n. 226; ¶¶ 42-47, *supra*.

prácticas, por lo que es posible que ningún activos de dichas empresas pueda ser identificado, embargado y mucho menos, rematado.³⁹⁹

232. Pero lo que resulta más asombroso y francamente absurdo es que, con su solicitud de un laudo compensatorio equivalente al monto total del Fallo con Responsabilidad Fiscal, los Demandantes no solo buscan el resarcimiento de daños puramente hipotéticos (que el Tribunal no puede otorgarles), sino que pretenden obtener una ganancia extraordinaria. No habiendo pagado un solo centavo en satisfacción del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, los Demandantes pretenden que el Tribunal les otorgue más de US\$ 900 millones.

233. Los Demandantes continúan en su infructuoso intento de equiparar el caso *Glencore* (donde el tribunal otorgó al demandante un laudo compensatorio) con el presente Arbitraje.⁴⁰⁰ Sin embargo, los propios Demandantes han reconocido que, en *Glencore*, el demandante pagó el fallo con responsabilidad fiscal,⁴⁰¹ por lo que la

³⁹⁹ Cabe recordar que la CGR no ha conseguido ubicar ningún bien de Foster Wheeler ni de Process Consultants en Colombia. Respuesta a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 36; Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, ¶ 41, n. 71; **Ap. R-96**, Carta de la Contralora Delegada Intersectorial No. 15 a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 28 de septiembre de 2021, p. 1. Ver **CWS-3**, Declaración Testimonial de Thomas Grell, ¶ 9. Asimismo, tampoco fue posible embargar bienes de Foster Wheeler y Process Consultants en forma preventiva. Dúplica a la Solicitud de Medidas Temporales de Emergencia, n. 72; **Ap. R-96**, Carta de la Contralora Delegada Intersectorial No. 15 a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 28 de septiembre de 2021, p. 1; **Ap. R-97**, Carta de la Contralora Delegada Intersectorial No. 15 a la Contraloría Delegada para Cobro Coactivo, 18 de julio de 2021, pp. 7-8; **Ap. R-98**, Carta del Director de Cobro Coactivo No. 1 a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, 27 de septiembre de 2021. Por último, se debe señalar que el proceso de cobro coactivo eventualmente permitiría a Foster Wheeler y Process Consultants interponer un recurso de nulidad ante la jurisdicción contencioso administrativa contra el auto de ejecución y remate, lo cual hace aún más hipotético un eventual daño. Memorial, ¶ 120; ¶ 54, *supra*.

⁴⁰⁰ Memorial de Contestación, ¶ 133.

⁴⁰¹ Solicitud de Medidas Provisionales, ¶ 113 (“[E]l tribunal en *Glencore* otorgó al demandante un laudo equivalente al laudo con responsabilidad fiscal sesgado previamente pagado por el demandante a la CGR.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); Memorial de Contestación, n. 226 (“[E]n el caso *Glencore*, que concedió a la Demandante un monto igual al estipulado por la CGR en un proceso terriblemente defectuoso y pagado por la demandante”) (énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-20**, *Glencore*, ¶ 525; Memorial, ¶ 277.

situación es diametralmente opuesta a la de los Demandantes, que no hicieron pago alguno para satisfacer el Fallo con Responsabilidad Fiscal.

234. Ahora, como indicó el Demandado en su Memorial, si lo que los Demandantes realmente buscan es un laudo declarativo mediante el cual se le ordene al Demandado compensar cualquier daño futuro que hipotéticamente pudiesen sufrir los Demandantes frente a cualquier pago que eventualmente tuvieran que realizar (ya sea en forma voluntaria o luego de un procedimiento de cobro coactivo), para satisfacer todo o parte del monto del Fallo con Responsabilidad Fiscal, el Tribunal tampoco se encuentra facultado bajo el Tratado para otorgar ese tipo de reparación, ya que sólo se encuentra facultado para otorgar daños pecuniarios.⁴⁰²

235. Por último, cabe resaltar que resulta difícil tratar de conciliar la solicitud de un laudo compensatorio que realizan los Demandantes con su reciente declaración que no solicitan a este Tribunal ninguna compensación sobre las consecuencias de la ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal. En la Audiencia sobre Medidas Provisionales, los Demandantes afirmaron que las consecuencias de la ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal “no [son] parte de [su] reclamación ahora” y “no se

⁴⁰² Memorial, n. 539. Ver también **Ap. RL-1**, Tratado, Artículos 10.16.1 y 10.26.1; **Ap. RL-136**, A. Bjorklund, *NAFTA Chapter 11*, p. 523 (“[El] Artículo 1135 restringe el tipo de reparación que puede otorgar un tribunal del TLCAN. . . . Esta limitación significa que no se permiten otros tipos de reparación, como el cumplimiento específico, las sentencias declarativas, la rectificación o el relleno de lagunas contractuales.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-166**, Stefan Leimgruber, *Declaratory Relief in International Commercial Arbitration*, 32(3) ASA BULLETIN 467 (Kluwer International Law 2014), p. 467 (“Un laudo declarativo es una declaración de un tribunal arbitral sobre la existencia o inexistencia de un estado de cosas.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-167**, Patrick Dunand, Maria Kostyska, *Declaratory Relief in International Arbitration*, 29 JOURNAL OF INTERNATIONAL ARBITRATION 1 (Kluwer International Law 2012), p. 1 (“Las partes solicitan un laudo declarativo para conocer sus posiciones jurídicas, aclarar sus derechos y obligaciones y determinar si están obligadas por contratos u otros instrumentos jurídicos. Los laudos declarativos tienen por objeto permitir a las partes resolver sus litigios de forma temprana, rápida y rentable, antes de que sufran daños.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

encuentra[n] actualmente ante este Tribunal”.⁴⁰³ Por lo tanto, independientemente de la imposibilidad de compensar daños hipotéticos bajo el Tratado, si las consecuencias de cualquier ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal se encuentran por fuera del alcance de este Arbitraje – como sostienen los propios Demandantes –, el Tribunal no tendría competencia para compensar a los Demandantes por cualquier eventual daño derivado de la ejecución del Fallo con Responsabilidad Fiscal, dentro del cual se enmarcaría su solicitud de un laudo compensatorio.

236. Por todo lo expuesto, el Tribunal no se encuentra facultado bajo el Tratado para otorgar el laudo compensatorio que los Demandantes aquí solicitan.

OBJECIONES A LA COMPETENCIA

237. En su Memorial de Contestación, los Demandantes no han sido capaces de brindar respuestas o explicaciones sustentadas a ninguna de las cinco objeciones a la competencia que fueron formuladas por Colombia para que sean decididas por el Tribunal como cuestión preliminar.⁴⁰⁴

⁴⁰³ Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales, p. 107 (“ÁRBITRO KOHEN: Sólo para entender bien, suponiendo que la Contraloría General de la República siga adelante con la ejecución; suponiendo que [El Fallo con Responsabilidad Fiscal] se ejecute ya sea en Colombia o en cualquier otro lugar, ¿incluiría usted las consecuencias de esto en su petitorio final, o no? SR. SILLS: Si causaran daños, supongo que tendríamos una reclamación separada por eso, pero no se encuentra actualmente ante este Tribunal y si sería en forma de un procedimiento separado o no, tengo que decir que creo que es prematuro. Pero no es parte de nuestra reclamación ahora, y estamos tratando de evitar agravar la disputa y convertir eso en una reclamación.”) (traducción del inglés). *Ver también id.*, p. 95 (“ÁRBITRO BEECHEY: Sr. Sills, así no hay absolutamente ninguna duda, ¿sería tan amable de mirar el artículo 10.20.8 del [Tratado]? Así no hay absolutamente ninguna duda sobre esto, mirando la frase que está en el centro del debate que hemos tenido hoy, ‘El tribunal no puede ordenar el embargo o impedir la aplicación’, y luego viene ‘de una medida que se considere una violación mencionada en el Artículo 10.16’. Para que quede absolutamente claro, ¿cuál dice usted que es la medida que supuestamente constituye la violación a la que se refiere el [A]rtículo 10.16? SR. SILLS: [El Fallo con Responsabilidad Fiscal] de la CGR.”) (traducción del inglés).

⁴⁰⁴ Varias de estas objeciones a la competencia ya fueron incluso señaladas por Colombia en su carta oponiéndose al registro ante el CIADI de la presente reclamación. *Ver Carta del Demandado a la Secretaria General del CIADI*, 19 de diciembre de 2019.

238. Contrariamente a lo que afirman los Demandantes,⁴⁰⁵ las limitaciones impuestas para el tratamiento de una objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado, y en particular el requisito de asumir “como ciertos los alegatos de hecho presentados por” los Demandantes, no resultan aplicables a estas objeciones a la competencia.⁴⁰⁶ Son los Demandantes quienes tienen la carga de probar todos los hechos sobre los que se basa la competencia del Tribunal.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Memorial de Contestación, ¶ 35 (sosteniendo erróneamente que las limitaciones y estándares aplicables a la objeción bajo el Artículo 10.20.4 del Tratado resulta aplicable a todas las objeciones preliminares presentadas por Colombia).

⁴⁰⁶ Memorial, n. 558; **Ap. RL-175**, *Seo Jin Hae c. República de Corea*, Caso HKIAC No. 18117 (TLC KORUS), Presentación de los Estados Unidos de América, 19 de junio de 2019 (“*Presentación de EE.UU. en Seo Jin Hae*”), ¶ 12 (“[C]uando un demandado invoca el párrafo 7 para abordar las objeciones a la competencia, no hay ningún requisito de que el tribunal ‘asumirá como ciertos los alegatos de hecho presentados por el demandante’. Por el contrario, no hay nada en el párrafo 7 que elimine la facultad del tribunal para evaluar las pruebas y resolver los hechos controvertidos.”), ¶ 13 (“[N]ada en el texto del párrafo 7 altera las reglas normales de la carga de la prueba. En el contexto de una objeción a la competencia, la carga de la prueba recae sobre el demandante, que debe probar los hechos necesarios y relevantes para establecer que un tribunal es competente para conocer un reclamo. Se encuentra bien establecido que, cuando ‘la competencia se basa en la existencia de ciertos hechos, estos tienen que ser probados en la fase jurisdiccional’. Un tribunal no puede suponer hechos para determinar su competencia cuando esos hechos son controvertidos.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-176**, *Kappes*, ¶ 220 (“A diferencia de las objeciones previstas en el [A]rtículo 10.20.4, las objeciones jurisdiccionales no exigen que el tribunal asuma como ciertos todos los hechos alegados en la notificación de arbitraje.”) (traducción del inglés).

⁴⁰⁷ Memorial, n. 559. *Ver por ejemplo*, **Ap. RL-180**, *Pac Rim Cayman LLC. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12 (DR-CAFTA), Decisión sobre Objeciones Jurisdiccionales, 1 de junio de 2012, ¶ 2.9 (“[T]odos los hechos relevantes en apoyo de tal competencia deben ser establecidos por el Demandante en la fase jurisdiccional y no meramente ser asumidos en favor del Demandante.”) (traducción del inglés).

I.

El Contratos de Servicios No Califica Como una Inversión Cubierta Bajo el Tratado y el Convenio CIADI

239. Colombia objetó la competencia *ratione materiae* del Tribunal debido a que el Contrato de Servicios no constituye una “inversión” en los términos del Tratado ni del Convenio CIADI.⁴⁰⁸

240. En su Memorial de Contestación, los Demandantes sostienen— sin un verdadero análisis — que el Contrato de Servicios se encuentra abarcado por las definiciones de “inversión” tanto del Tratado como del Convenio CIADI, argumentando esencialmente que no se requiere de un riesgo de inversión para poseer una inversión cubierta. Como se demostrará a continuación, el argumento de los Demandantes no tiene mérito alguno y debe ser desestimado.

241. Los Demandantes centran su análisis en el listado de ejemplos del Artículo 10.28 del Tratado, y en particular en el numeral (e), destacando a los contratos de construcción y de gestión⁴⁰⁹ — a pesar de que el Contrato de Servicios no califica dentro de ninguna de esas categorías. Los Demandantes no poseen un contrato de gestión o de construcción,⁴¹⁰ sino simplemente un contrato de prestación de servicios de consultoría, como ellos mismos lo han señalado.⁴¹¹

⁴⁰⁸ Memorial, ¶¶ 281-198.

⁴⁰⁹ Memorial de Contestación, ¶¶ 136-138.

⁴¹⁰ Los Demandantes continúan en su infructuoso intento de tratar de confundir la naturaleza del Contrato de Servicios, y dicen que concierne un proyecto de infraestructura estatal (*i.e.*, la expansión y renovación de una de las refinerías de petróleo del estado). Memorial de Contestación, ¶ 104. Sin embargo, el Contrato de Servicios tiene por objeto meramente proveer servicios de consultoría; no se trata de un contrato de construcción de una refinería ni de ningún otro tipo de contrato de construcción de infraestructura.

⁴¹¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 3 (“Esta controversia surge de un contrato de noviembre de 2009 entre FPJVC y Refinería de Cartagena S.A. . . para la prestación de servicios en relación con la modernización y ampliación de una gran refinería de petróleo de propiedad estatal situada en Cartagena, Colombia”); ¶ 29

242. En efecto, las principales características del Contrato de Servicios celebrado entre Reficar y FPJVC – que no han sido refutadas por los Demandantes en su Memorial de Contestación⁴¹² – son las siguientes:

- FPJVC prestaba servicios de consultoría para la gestión del Proyecto, incluyendo servicios de [REDACTED]

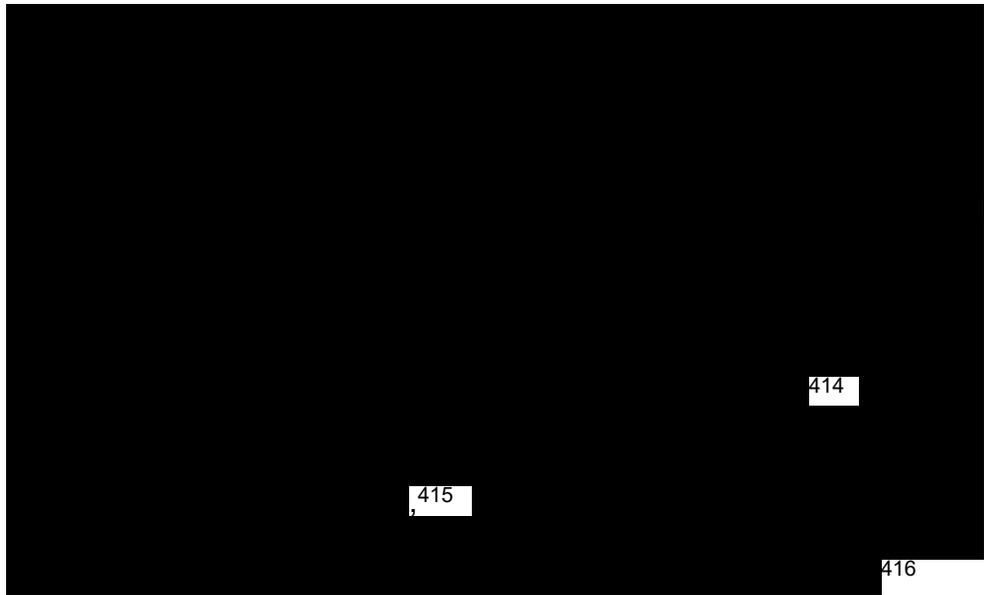
413

- Como contraprestación por sus servicios, FPJVC tenía derecho a percibir de Reficar pagos correspondientes a [REDACTED], los que constituían su Remuneración. FPJVC recuperaba – por vía de los diferentes componentes de la Remuneración – [REDACTED]

(“Los Demandantes contrataron con Reficar, una empresa de propiedad colombiana, la prestación de servicios de gestión de proyectos en relación con la construcción y ampliación de una refinería de petróleo de propiedad colombiana para suministrar combustibles ecológicamente limpios para satisfacer la demanda colombiana.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Los Demandantes afirman, además, que los contratos de prestación de servicios son considerados usualmente como inversiones cubiertas. Memorial de Contestación, ¶ 138. Esta afirmación carece de sustento legal. En realidad, la autoridad legal que usan los Demandantes en soporte de esta afirmación sostiene expresamente que, para determinar si un contrato califica o no como una inversión cubierta, resulta fundamental que dicho contrato cumpla con ciertas características objetivas – como duración, contribución y riesgo – siendo irrelevante que el mismo se encuentre incluido en una lista no exhaustiva de ejemplos del tratado de inversiones. **Ap. CL-162**, Velimir Zivkovic, *Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration*, 5 Eur. J. Legal Stud. (2012), p. 176 (“Sin embargo, la lista anterior es meramente ilustrativa [y] corresponde a una recapitulación de lo que puede ser encontrado en instrumentos legales y en la jurisprudencia. El problema no radica en identificar a estos contratos. Más bien, el problema central radica en determinar cómo se reconocen a estos contratos [como inversiones]”)., pp. 179, 183 (“En esa medida, se considera que debe existir una aproximación única . . . y en opinión del autor esa aproximación debe corresponder a la de contar con un test objetivo y semi cumulativo de tres criterios. . . [a saber,] . . . cierta duración, contribución y existencia de riesgo.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴¹² Ver n. 34, *supra*.

⁴¹³ [REDACTED] Memorial, ¶¶ 24, 293.



- FPJVC facturaba a Reficar mensualmente por sus servicios, recibiendo de manera periódica el pago de su Remuneración.
[Redacted]

243. De todas formas, el énfasis que ponen los Demandantes en el del Artículo 10.28(e) del Tratado es equivocado porque las categorías enumeradas en la definición de “inversión” son enunciativas, ya que una “inversión” debe siempre poseer ciertas características para ser protegida bajo el Tratado.⁴¹⁸

⁴¹⁴ [Redacted] Memorial, ¶¶ 35, 40-41, 293.

⁴¹⁵ [Redacted] Memorial, ¶¶ 35, 42, 293.

⁴¹⁶ [Redacted] Memorial, ¶¶ 35, 43, 293.

⁴¹⁷ Memorial, ¶¶ 45-51, 293.

⁴¹⁸ **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 2 (“El Artículo 1 [que es idéntico al Artículo 10.28 del Tratado] define ‘inversión’ . . . Las [f]ormas que puede adoptar una inversión incluyen’ las categorías enumeradas en los apartados, que son ilustrativas y no exhaustivas. Sin embargo, la enumeración de un tipo de activo en el Artículo 1 no es determinante para saber si un activo concreto, propiedad de un inversionista o controlado por él, se ajusta a la definición de inversión; siempre debe poseer las características de una inversión, incluidas características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgo.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-185**, *Bridgestone Licensing Services Inc., y Bridgestone Americas Inc. c. República de Panamá*, Caso CIADI No. ARB/16/34 (APC Panamá-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 28 de agosto de 2017 (“*Presentación de EE.UU. en Bridgestone*”), ¶ 14; **Ap. RL-65**, *Presentación de EE.UU. en Elliott Associates*, ¶ 7; **Ap. RL-66**, *Presentación de EE.UU. en Gramercy*, ¶ 18; **Ap. RL-67**,

244. Los Demandantes tratan de restarle importancia a la definición general y características de “inversión”, y en especial a la característica de asunción de un riesgo,⁴¹⁹ pese a que el Artículo 10.28 del Tratado expresamente define a una “inversión” como “todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo”.⁴²⁰ Así, la asunción de un riesgo es una de esas características que debe poseer una inversión, según el lenguaje explícito del Artículo 10.28 del Tratado.⁴²¹ No se trata de agregar un requisito a la definición que no

Presentación de EE.UU. en Italba, ¶ 2; **Ap. RL-175**, *Presentación de EE.UU. en Seo Jin Hae*, ¶ 15. Colombia ha confirmado en su Tratado Modelo de 2008 el mismo entendimiento. **Ap. RL-126**, Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Modelo de Colombia de 2008 (“Tratado Modelo de Colombia de 2008”), Artículo 2.3 (“En concordancia con el párrafo 2.1 del presente [A]rtículo una inversión deberá tener como mínimo las siguientes características: a. El aporte de capitales u otros recursos; b. Expectativa de beneficios y rendimiento; c. La existencia de riesgo para el inversionista”). Ver **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, p. 206 (“[E]l Equipo de Negociación de Inversiones [de Colombia] consideró si todas las características eran necesarias para que hubiera una inversión. En la medida en que las características son interdependientes, como se reconoció en *Salini*, tenía poco sentido no hacer que todas resulten obligatorias en el Modelo. Dado que el riesgo es una característica fundamental, y que el riesgo implica lógicamente una expectativa de ganancias junto con la posibilidad de no obtener un rendimiento de los recursos comprometidos, es decir, las dos características restantes, se consideró que los tres elementos eran necesarios para determinar la existencia de una inversión”). (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴¹⁹ Memorial de Contestación, ¶ 139.

⁴²⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28 (énfasis añadido). Los Demandantes argumentan que no debe ignorarse el texto de la disposición y que no deben leerse frases limitativas en el texto cuando no hay ninguna. Memorial de Contestación, ¶ 138. Sin embargo, pasan por alto que en este caso sí existe una frase limitativa en el Artículo 10.28 del Tratado. Es más, la propia fuente que citan en respaldo de ese argumento menciona como ejemplo el requisito en el tratado modelo de EE.UU. [que es igual al Tratado] de que una “inversión” debe tener las “características de una inversión” como una “una frase limitativa”. **Ap. CL-81**, C. McLachlan y otros, INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES, ¶ 6.47 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴²¹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28.

se encuentra en el lenguaje del Tratado, como erróneamente argumentan los Demandantes.⁴²²

245. En realidad, el riesgo de inversión es el requisito fundamental o la característica principal para determinar si un cierto activo constituye una “inversión” en los términos del Tratado, así como el rasgo que distingue una verdadera “inversión” de un contrato comercial ordinario. Por lo tanto, la ausencia de ese riesgo de inversión conlleva inexorablemente que no exista una “inversión” protegida bajo el Tratado.

246. Como señaló el tribunal en el caso *Romak c. Uzbekistán* al referirse al riesgo de inversión:

Toda actividad económica conlleva un cierto grado de riesgo. Como tal, todos los contratos – incluso los que no constituyen una inversión – conllevan el riesgo de incumplimiento. Sin embargo, este tipo de riesgo es puramente comercial, de la contraparte o, dicho de otro modo, el riesgo de hacer negocios en general. Por lo tanto, no es un elemento útil para distinguir entre una inversión y una transacción comercial. Un “riesgo de inversión” implica un tipo diferente de *alea*, una situación en la que el inversionista no puede estar seguro del rendimiento de su inversión, y puede no saber la cantidad que acabará gastando, incluso si todas las contrapartes relevantes cumplen con sus obligaciones contractuales. Cuando existe un “riesgo” de este tipo, el inversionista simplemente no puede predecir el resultado de la transacción.⁴²³

⁴²² Memorial de Contestación, ¶ 138. Quienes ignoran una interpretación del Artículo 10.28 del Tratado conforme a los principios interpretativos del Artículo 31 de la Convención de Viena son los Demandantes, no Colombia, al centrarse únicamente en el listado enunciativo que contiene la disposición sobre los activos que pueden eventualmente calificar como una “inversión”, pero ignorando el “*chapeau*” que establece expresamente que un activo debe poseer las características de una inversión para calificar como tal (entre las que se encuentra la asunción de un riesgo).

⁴²³ **Ap. RL-181**, *Romak S.A. (Suiza) c. República de Uzbekistán*, Caso CPA No. AA280, Laudo, 26 de noviembre de 2009, ¶¶ 229-230 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-188**, *Standard Chartered Bank (Hong Kong) c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/15/41, Laudo, 11 de octubre de 2019 (“SCB”), ¶¶ 218-220; **Ap. RL-195**, *Seo Jin Hae c. Gobierno de la República de Corea*, Caso HKIAC No. 18117 (TLC KORUS), Laudo Final, 27 de septiembre de 2019, ¶ 130 (“[EI]”).

247. Notablemente, los Demandantes no cuestionan que el Contrato de Servicios no presenta ningún riesgo de inversión,⁴²⁴ sino simplemente argumentan que posee otras características que generalmente tiene una inversión (como la contribución de capital y otros recursos con la expectativa de obtener una ganancia).⁴²⁵ Sin embargo, sin un riesgo de inversión, que es la característica principal para determinar la existencia de una verdadera “inversión”, no pueden los Demandantes seriamente argumentar que poseen una inversión cubierta por el Tratado. Lo cierto es que el Contrato de Servicios es un simple contrato comercial ordinario (sin ningún riesgo de inversión), el típico contrato que la definición de “inversión” del Tratado busca excluir.⁴²⁶

Artículo 11.28 del TLC KORUS [Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y EE.UU.] es claro en el sentido de que un activo solo se califica como inversión si tiene ciertas características, como la asunción de riesgo. Esas características, incluida la asunción de riesgo, deben ir más allá de las que tiene automáticamente cualquier activo. De lo contrario, el requisito de que un activo tenga las características de una inversión se vaciaría de contenido. Por lo tanto, el riesgo de pérdida de valor de un activo no puede ser el tipo de riesgo que tenía en mente el redactor del TLC KORUS”. (traducción del inglés; énfasis omitido); **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, pp. 205-206 (“[L]a existencia de riesgo es una característica esencial de una inversión que crea el potencial de rendimiento y beneficios”). (traducción del inglés).

⁴²⁴ Los Demandantes arguyen que asumieron “suficientes riesgos” cuando celebraron el Contrato de Servicios, como el riesgo de falta de pago o de incumplimiento. Memorial de Contestación, ¶ 139. Sin embargo, ninguno de esos riesgos constituye un riesgo de inversión, sino que se trata simplemente de riesgos comerciales ordinarios que se encuentran presentes en toda transacción económica. Memorial, ¶¶ 286-288. Es justamente la presencia de un riesgo de inversión – en oposición a un simple riesgo comercial – lo que diferencia un contrato que califica como una “inversión” de un simple contrato comercial ordinario que no califica como tal.

⁴²⁵ Memorial de Contestación, ¶ 139. Los Demandantes resaltan la disyunción “o” que contiene el Artículo 10.28 del Tratado para argumentar que no es necesario que exista un riesgo de inversión para que exista una inversión cubierta bajo el Tratado. Sin embargo, la lectura de la disposición que efectúan es incorrecta. Precisamente, lo que hace la disposición al utilizar la palabra “incluyendo” es enumerar algunas de las características típicas de una inversión (entre las que se encuentra la asunción de un riesgo), dejando claro que se trata de una enumeración no exhaustiva, ya que puede haber otras características que no se encuentran mencionadas. Pero ello no puede leerse como que pueda existir una “inversión” si no existe la asunción de un riesgo de inversión.

⁴²⁶ Ver Memorial, ¶ 284; **Ap. RL-185**, *Presentación de EE.UU. en Bridgestone*, ¶¶ 15-16 (“El apartado (e) de la definición enumera, entre las formas que puede adoptar una inversión, ‘contratos de llave en mano, de construcción, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares’. Los contratos comerciales ordinarios para la venta de bienes o servicios no suelen estar incluidos en la lista del apartado (e). La definición de ‘inversión’ excluye explícitamente los reclamos de pago que surgen de los contratos comerciales de venta de bienes o servicios y que no son inmediatamente exigibles”). (traducción del inglés; énfasis añadido). En sentido concordante, en su Tratado Modelo de

248. Los Demandantes intentan marcar diferencias fácticas con los casos citados por Colombia en apoyo de su posición.⁴²⁷ Sin embargo, más allá ciertas diferencias menores o insignificantes (como el tipo de contrato o el grado de avance de la supuesta inversión), lo verdaderamente relevante de esos casos es que en todos ellos se destaca la necesidad de que exista un riesgo de inversión para que exista una “inversión” protegida. Es decir, “un riesgo operacional y no un riesgo comercial”, “un riesgo inherente a la operación de inversión” o, dicho de otro modo, “que las ganancias no est[é]n determinadas, sino que depend[an] del éxito o fracaso de la empresa económica en cuestión”.⁴²⁸ Ello es precisamente lo que el Contrato de Servicios carece.⁴²⁹

2008, Colombia excluyó expresamente de la definición de “inversión” a los contratos comerciales de servicios. **Ap. RL-126**, Tratado Modelo de Colombia de 2008, Artículo 2.1 (“No serán consideradas inversión: . . . ii. Las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de: a. Contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o por una entidad legal en el territorio de una Parte Contratante a un nacional o a una entidad legal en el territorio de la otra Parte Contratante”). Ver **Ap. RL-120**, J. Rivas, *Colombia*, p. 204 (“Como cuestión de política pública, el [Tratado Modelo de Colombia de 2008] tampoco considera como inversiones las reclamaciones de dinero derivadas exclusivamente de contratos comerciales de venta de bienes y servicios. El propósito de los Alls, tal y como lo entiende el Equipo de Negociación de Inversiones, se refleja en esta exclusión”). (traducción del inglés).

⁴²⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 147-148.

⁴²⁸ **Ap. RL-192**, *Posštová banka, a.s, e Istrokapital SE c. República Helénica*, Caso CIADI No. ARB/13/8, Laudo, 9 de abril de 2015, ¶¶ 367-370 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. RL-182**, *Nova Scotia Incorporated (Canadá) c. República Bolivariana de Venezuela (II)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/1, Extractos del Laudo, 30 de abril de 2014, ¶¶ 105, 107-108, 111 (“Puede ser que cualquier transacción implique un riesgo, pero lo que se requiere para una inversión es un riesgo que se distinga del tipo de riesgo que surge en cualquier transacción comercial ordinaria. . . . El riesgo al que se refiere el Demandante es, sin embargo, el riesgo mucho más simple de la exposición a un precio más alto para un producto; para el Tribunal, este no es un riesgo inherente a una inversión. . . . Por lo tanto, el tipo de riesgo involucrado aquí parece ser, para la industria del carbón, ‘condiciones comerciales ordinarias’. Además, aquí, el riesgo no es uno que afecte a la contribución y a la supuesta inversión. . . . El Tribunal no considera que los riesgos alegados sean del tipo inherente a la noción de inversión”). (traducción del inglés); **Ap. RL-193**, *Professor Christian Doutremepuich y Antoine Doutremepuich c. República de Mauricio*, Caso CPA No. 2018-37, Laudo sobre Jurisdicción, 23 de agosto de 2019, ¶ 145; **Ap. RL-194**, *Raymond Charles Eyre y Montrose Developmentsn (Private) Limited c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/16/25, Laudo, 5 de marzo de 2020, ¶¶ 293- 294.

⁴²⁹ Ver ¶ 22, *supra*; Memorial, ¶¶ 22, 44, 45, 52.

249. Asimismo, los Demandantes parecen sugerir que el hecho que el Contrato de Servicios supuestamente califique como una “inversión cubierta” bajo el Tratado – lo que no ocurre – sería suficiente para que califique como una “inversión” bajo el Convenio CIADI.⁴³⁰ Ello claramente no es así, pues el hecho que una “inversión” eventualmente califique como tal bajo la definición de un tratado de inversiones no implica que también califique como una “inversión” en los términos del Convenio CIADI.⁴³¹ Para que ello ocurra, la “inversión” debe cumplir con ciertos requisitos objetivos que establece el Convenio CIADI, entre los que se encuentra (nuevamente) la asunción de un riesgo de

⁴³⁰ Memorial de Contestación, ¶ 140.

⁴³¹ Ver Convenio CIADI, Artículo 25(1); **Ap. RL-187**, Christoph Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY (2d ed., Cambridge University Press 2009), Artículo 25, ¶ 122 (“La historia de la redacción [del Convenio CIADI] no deja lugar a dudas de que los servicios del Centro no estarían disponibles para cualquier controversia que las partes quisieran presentar. En particular, siempre estuvo claro que las transacciones comerciales ordinarias no estarían cubiertas por la jurisdicción del Centro, sin importar el alcance del consentimiento de las partes.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-188**, SCB, ¶ 194 (“No obstante, el objeto de la controversia debe seguir siendo una inversión, tal como se contempla en el Convenio CIADI, y el consentimiento de las Partes no puede por sí solo someter una transacción comercial ordinaria o una controversia política o no jurídica al CIADI para su resolución. Esto se expresa en el Informe de los Directores Ejecutivos [sobre el Convenio CIADI]”). (traducción del inglés). Incluso una de las autoridades legales citadas por los Demandantes expresamente sustenta esta posición. **Ap. CL-162**, V. Zivkovic, *Recognition of Contracts as Investments in International Investment Arbitration*, p. 180 (“Aunque . . . resulta necesario determinar si las transacciones se encuentran dentro de lo acordado por las partes como inversión para establecer la jurisdicción de [un tribunal] CIADI, esto no es suficiente. Hay dos argumentos centrales en contra de una deferencia ilimitada [al consentimiento de las partes]. Primero, esto implicaría que el término ‘inversión’ no tiene, y nunca podría tener, un significado inherente para los propósitos de una institución intencionalmente creada para abordar lo relativo a las inversiones. Aunque es posible . . . que las definiciones legales y económicas de una inversión puedan tener diferencias, esto no puede significar que su definición legal sea una *tabula rasa*, por ser escrita y re-escrita una y otra vez por los Estados, mientras que su definición económica tenga límites bien conocidos (aunque en ocasiones borrosos). Los Estados Contratantes del Convenio CIADI no crearon al CIADI para resolver todo tipo de disputas ‘económicas’ o de ‘negocios’, sino únicamente para [resolver] disputas de inversión . . . Segundo, se deben considerar las consecuencias prácticas derivadas de aceptar una deferencia ilimitada [al consentimiento de las partes]. Una aceptación amplia de actividades económicas como inversiones podría resultar en que múltiples actividades transitorias . . . se convirtieran instantáneamente en inversiones. Esto potencialmente (o probablemente) llevaría a que se abrieran las compuertas y a que nos enfrentáramos a un incremento masivo no deseado de litigios de inversión.”) (traducción del inglés; énfasis omitidos).

inversión.⁴³² Esto es justamente lo que conoce como el “*double-keyhole approach*”, que resulta aplicable en todo arbitraje CIADI.⁴³³

250. Alternativamente, los Demandantes argumentan que, aún si se aplicara el “*double-keyhole approach*”, satisfacen de todas formas el requisito de inversión del Artículo 25 del Convenio CIADI.⁴³⁴ Con respaldo en un solo artículo doctrinario, los Demandantes tratan de restarle importancia a la largamente establecida y reconocida definición objetiva de “inversión” bajo el Convenio CIADI. Sin embargo, su posición se

⁴³² Ver por ejemplo **Ap. RL-189**, *Salini Costruttori S.P.A e Italstrade S.P.A c. Reino de Morocco*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción, 16 de julio de 2001, ¶ 52 (“La doctrina generalmente considera que la inversión infiere: contribuciones, una cierta duración de la ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción. . . . En la lectura del preámbulo del Convenio [CIADI], se puede agregar la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión como una condición adicional.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-190**, *Ulysseas, Inc. c. República del Ecuador*, CNUDMI, Laudo Definitivo, 12 de junio de 2012, ¶ 251 (“Como muchos tribunales CIADI resolvieron, la concepción habitual de una inversión incluye varias características básicas, en particular: (a) debe comprender un aporte con valor económico; (b) debe realizarse durante un plazo determinado; (c) debe existir una expectativa de retorno de la inversión, sujeta a un elemento de riesgo; (d) debería contribuir al desarrollo de la economía del Estado receptor.”) (énfasis añadido); **Ap. RL-100**, *Electrabel*, ¶ 5.43 (“[E] Artículo 25 del Convenio CIADI exige que la controversia surja directamente de una inversión, pero no proporciona ninguna definición de inversión. Aunque existe unanimidad incompleta entre los tribunales en cuanto a los elementos de una inversión, hay consenso general en que los tres criterios objetivos de (i) una contribución, (ii) una cierta duración y (iii) un elemento de riesgo son elementos necesarios de una inversión.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-191**, *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A y Allan Fost Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de septiembre de 2012 (“*Quiborax*”), ¶ 227 (“[E] Tribunal concluye que la definición objetiva de inversión establecida en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI comprende los elementos de contribución de dinero o activos, riesgo y duración”).

⁴³³ Ver Memorial, n. 568; ¶ 264, n. 458, *infra*. El “*double keyhole approach*” o “*double-barrelled test*” es incluso respaldado por el caso citado por los Demandantes. **Ap. CL-168**, *Krederi Ltd. v. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/14/17, Extractos del Laudo, 2 de julio de 2018 (“*Krederi*”), ¶ 243 (“Se encuentra bien establecido que, además de cumplir con los requisitos jurisdiccionales del Artículo 25 del Convenio CIADI, un tribunal de inversión debe asegurarse que una inversión satisfaga los requisitos jurisdiccionales del TBI o AIs aplicable, conforme a lo que se ha referido como el llamado *double-barrelled test* en casos CIADI. En el pasado, la mayoría de los tribunales han aplicado el *double-barrelled test* respecto al requisito jurisdiccional de una ‘inversión’.”) (traducción del inglés). Ver también **Ap. CL-184**, *Mytilineos Holdings S. A. c. Estado Unión de Serbia y Montenegro y República de Serbia*, CNUDMI, Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 8 de septiembre de 2006, ¶ 112 (“Es una práctica establecida de los tribunales CIADI el analizar si una transacción específica califica como una ‘inversión’ bajo el Convenio CIADI, independientemente de la definición de inversión en el TBI u otro instrumento de inversión aplicable, a los fines de satisfacer el prerrequisito *ratione materiae* del Artículo 25 del Convenio [CIADI]”). (traducción del inglés).

⁴³⁴ Memorial de Contestación, ¶ 141.

encuentra negada por la abrumadora mayoría de la doctrina y jurisprudencia, que sostiene que el requisito objetivo de una inversión es imprescindible para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción *ratione materiae* sobre una diferencia.⁴³⁵

251. Extrañamente, los propios Demandantes reconocen que los tribunales CIADI han analizado la existencia de una inversión mediante la aplicación de una serie de criterios objetivos tales como la existencia de una contribución, de cierta duración y de un elemento de riesgo.⁴³⁶ Incluso la decisión del caso *Mabco c. Kosovo* que citan en

⁴³⁵ Ver por ejemplo, **Ap. RL-187**, C. Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Artículo 25, ¶¶ 122-123 (aclarando que las partes no tienen una “libertad ilimitada” debido a que “el término ‘inversión’ tiene un significado objetivo independiente de la disposición de las partes”) (traducción del inglés); **Ap. RL-191**, *Quiborax*, ¶ 217 (“En síntesis, los Demandantes deben demostrar que han efectuado una ‘inversión’ según la definición objetiva desarrollada en el marco del Convenio . . . CIADI a fin de establecer que el Tribunal tiene jurisdicción *ratione materiae* sobre la controversia”.); **Ap. RL-319**, *Global Trading Resource Corp. y Globex International, Inc. c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/09/11, Laudo, 1 de diciembre de 2010, ¶ 43 (“Estas decisiones han sostenido que la noción de ‘inversión’, que corresponde a una de las condiciones que deben ser cumplidas para que el Centro tenga jurisdicción, no puede ser definida simplemente por referencia al consentimiento de las partes. El peso de la autoridad está, entonces, a favor de entender al término ‘inversión’ como uno que tiene una definición objetiva en el marco del Convenio CIADI”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-320**, *Sr. Saba Fakes c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/07/20, Laudo, 14 de julio de 2010, ¶ 108 (“[E]l Tribunal considera que la noción de inversión, que corresponde a una de las condiciones que deben ser cumplidas para que el Centro tenga jurisdicción, no puede ser definida simplemente a través de una referencia al consentimiento de las partes, que es una condición diferente para la jurisdicción del Centro. El Tribunal cree que una definición objetiva de la noción de inversión fue contemplada en el marco del Convenio CIADI, pues de lo contrario ciertos términos contenidos en el Artículo 25 serían vaciados de contenido”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-321**, *Joy Mining Machinery Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/03/11, Laudo sobre Jurisdicción, 6 de agosto de 2004, ¶ 50 (“Las partes de una disputa no pueden por contrato ni tratado definir como inversión, para propósitos de la jurisdicción del CIADI, a algo que no cumpla con los requisitos objetivos del Artículo 25 del Convenio. De lo contrario, el Artículo 25 y su dependencia en el concepto de inversión, aunque no esté específicamente definido, se convertiría en una disposición sin significado”.) (traducción del inglés).

⁴³⁶ Memorial de Contestación, ¶ 143. La discusión acerca de si las características típicas de una “inversión” son o no requisitos jurisdiccionales obligatorios bajo el Artículo 25 del Convenio CIADI resulta irrelevante para este caso. *Id.*, ¶ 144. Pues la asunción de un riesgo de inversión es una característica fundamental que diferencia a una verdadera “inversión” de una simple transacción comercial ordinaria. De todas formas, varios tribunales CIADI han considerado que la existencia de ciertos elementos característicos de una inversión (como la asunción de un riesgo) son requisitos jurisdiccionales obligatorios para la existencia de una inversión bajo el Convenio CIADI. Ver por ejemplo, **Ap. RL-183**, *Orascom TMT Investments S.a.r.l. c. República Democrática y Popular de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/12/35, Laudo, 31 de mayo de 2017, ¶ 370 (“Es indiscutible que, para que el Tribunal tenga jurisdicción sobre esta disputa, el Demandante debe establecer que ha realizado una inversión protegida bajo ambos[,] el acuerdo bilateral de inversión y el Convenio CIADI. Comenzando por el Convenio CIADI, es igualmente indiscutible que el Convenio CIADI no define el término “inversión”. En perspectiva del Tribunal, la ausencia de una definición del término

apoyo de su posición dice expresamente que “[b]ajo una línea de jurisprudencia arbitral bien establecida, un activo no califica como una inversión bajo el Convenio CIADI a menos que, en forma acumulativa, represente una contribución de capital sustancial, conlleve un cierto riesgo, y presente una cierta duración”.⁴³⁷

252. Por último, en un desesperado intento por salvar su caso, los Demandantes sostienen que han presentado hechos suficientes para mostrar que han realizado una inversión en Colombia, y señalan en particular: que “FPJVC es un contrato de consorcio que, entre otros proporciona servicios de ingeniería, gestión y consultoría al sector de petróleo y gas”, que cuentan con una larga trayectoria de inversiones en Colombia, que “celebraron un contrato con Reficar, una empresa de propiedad colombiana, con el objeto de prestar servicios de gestión de proyectos”, que “invertieron cantidades significativas de tiempo, capital, personal y trabajo en territorio colombiano”, que “contrataron y prestaron servicios en relación con la construcción y expansión de una refinaría de

“inversión” bajo el Convenio CIADI evidencia que los Estados Contratantes buscaron darle al término su sentido corriente bajo el Artículo 31(1) de la CVDT, por oposición a un sentido especial bajo el Artículo 31(4) del mismo tratado. Como ha sido sostenido por un número de laudos arbitrales recientes, este sentido corriente del término es uno objetivo, y comprende los elementos de (i) contribución o asignación de recursos, (ii) duración; y (iii) riesgo, que incluye la expectativa (aunque la misma no sea cumplida) de un retorno comercial. Como fue señalado por el tribunal en *Saba Fakes*, estos requisitos son ‘ambos necesarios y suficientes para definir una inversión en el marco del Convenio CIADI’.”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴³⁷ **Ap. CL-167**, *Mabco Constructions S.A. c. República de Kosovo*, Caso CIADI No. ARB-17/25, Decisión sobre Jurisdicción, 30 de octubre de 2020, ¶ 296 (traducción del inglés; énfasis añadido); Memorial de Contestación, n. 278. Esto también es confirmado por el otro caso que citan los Demandantes. **Ap. CL-168**, *Krederi*, ¶ 237 (“El Tribunal va a determinar la cuestión respecto a si las actividades del Demandante califican como una inversión en el sentido del Artículo 25 del Convenio CIADI conforme al ‘test *Salini-light*’ que ha surgido como el enfoque predominante de los tribunales CIADI en los últimos años y que desarrolla el test *Salini* original, sosteniendo que de hecho solo ‘los tres criterios objetivos de (i) una contribución, (ii) cierta duración, y (iii) un elemento de riesgo son los elementos necesarios de una inversión’.”.) (traducción del inglés). En verdad, la discusión sobre la aplicación del test *Salini* se centra en la cuestión de si el requisito de la contribución al desarrollo económico de un Estado es parte o no de los requisitos necesarios para la existencia de una inversión bajo el Convenio CIADI. Sin embargo, no existe discusión respecto de que la existencia de un riesgo es un requisito necesario e imprescindible para que haya una inversión protegida bajo el Convenio CIADI.

petróleo, capital, mano de obra y tiempo significativos”, y que “los servicios prestados por FPJVC tendrían una duración de 45 meses aproximadamente”.⁴³⁸

253. Pese a esta larga lista, ninguno de los hechos descritos demuestra que los Demandantes tengan una “inversión” en Colombia en los términos del Tratado o el Convenio CIADI. Lo único que los Demandantes señalaron en su Notificación de Arbitraje como su “inversión” es el Contrato de Servicios; todo el resto que mencionan no es la “inversión” que invocan o por la que reclaman daños en este caso. Asimismo, si bien esos hechos pueden servir para demostrar cierta contribución de recursos y una cierta duración, no demuestran la existencia de un riesgo de inversión, que es la característica fundamental que debe poseer una “inversión” para estar cubierta por el Tratado y el Convenio CIADI. En efecto, la estructura de la Remuneración en el Contrato de Servicios, y el cobro periódico de esa Remuneración, aseguraba que FPJVC nunca estuviera en riesgo de perder los recursos humanos, financieros y técnicos que destinaba a la ejecución del Contratos de Servicios, y que no tuviera incertidumbre alguna acerca de su utilidad, [REDACTED]

[REDACTED]⁴³⁹

254. En suma, ninguno de los argumentos de los Demandantes logra desvirtuar el hecho que el Contrato de Servicios no constituye una “inversión” bajo el Tratado y el Convenio CIADI, lo que conlleva que el Tribunal carezca de competencia *ratione materiae* sobre la presente controversia.

⁴³⁸ Memorial de Contestación, ¶¶ 150-153.

⁴³⁹ Ver Memorial, ¶¶ 33-44, 52, 294. Como se explicó en el Memorial, el Contrato de Servicios es un simple contrato de prestación de servicios de consultoría, que no experimenta ningún riesgo asociado a la construcción y expansión de la refinería. *Id.*, ¶ 296, n. 587.

II.

El Demandante FPJVC Es un *Joint Venture* Contractual que No Califica Como una “Persona Jurídica” Bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI

255. Colombia también objetó la competencia *ratione personae* de este Tribunal sobre la reclamación efectuada por el Demandante FPJVC porque el *joint venture* contractual FPJVC no es una persona jurídica, y por ende no califica como un “nacional de otro Estado Contratante” conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.⁴⁴⁰ Los Demandantes insisten en su Memorial de Contestación que un *joint venture* contractual como FPJVC es una persona jurídica bajo el derecho de Nueva York, y que, de todas formas, como el Artículo 10.28 del Tratado incluye a las empresas conjuntas (“*joint ventures*”) dentro de la definición de “empresa de una Parte”, FPJVC califica como un “inversionista de una Parte” a los fines del Tratado.⁴⁴¹ Sin embargo, ambos argumentos son incorrectos o irrelevantes a los fines de determinar si el Demandante FPJVC califica como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

256. En relación al primer argumento de los Demandantes, no es cierto que un *joint venture* contractual como FPJVC sea considerado una persona jurídica bajo el

⁴⁴⁰ *Id.*, ¶¶ 299-309. Ver Convenio CIADI, Artículo 25(1) (estableciendo que la jurisdicción del CIADI se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante); Artículo 25(2)(b) (considerando como “nacional de otro Estado Contratante” a “toda persona jurídica que . . . tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia”); Notificación de Arbitraje, ¶¶ 1, 15; **Ap. R-39**, Notificación de Intención, ¶ 5 (describiendo a FPJVC como un “contrato de consorcio”, en español, y como un “*contractual joint venture*”, en inglés); Memorial de Contestación, ¶ 64 (indicando que los Demandantes son un “*contractual joint venture*”); Transcripción de Audiencia sobre Medidas Provisionales, p. 109 (en el que los Demandantes afirmaron que “FPJVC no es una *corporation*.”) (traducción del inglés).

⁴⁴¹ Memorial de Contestación, ¶¶ 157-171.

derecho de Nueva York.⁴⁴² Como explicó el Demandado en su Memorial, un *joint venture* contractual es asimilado bajo el derecho de Nueva York a un *partnership* con un propósito limitado, y como consecuencia no tiene una personalidad jurídica propia e independiente a la de sus miembros Foster Wheeler y Process Consultants.⁴⁴³ Por lo tanto, contrariamente a lo que afirman los Demandantes, FPJVC no califica como una persona jurídica bajo el derecho de Nueva York.⁴⁴⁴

⁴⁴² Las Partes están de acuerdo que la calificación jurídica del *joint venture* contractual FPJVC (o sea, la cuestión acerca de si tiene una personalidad jurídica separada e independiente a la de sus miembros o no) debe determinarse de conformidad con el derecho de Nueva York, que es el derecho de su lugar de constitución. Ver Memorial, ¶ 301, n. 600; Memorial de Contestación, ¶ 158; Transcripción Audiencia sobre Medidas Provisionales, p. 110.

⁴⁴³ Memorial, ¶ 302, n. 603; **Ap. RL-201**, *Deutsche Bank Natl. Trust Co. c. Bills*, Corte Suprema de Nueva York, 37 Misc. 3d 1209(A), 15 de octubre de 2012 (“*Deutsche Bank*”), p. 4 (“Se encuentra bien establecido que un *joint venture* . . . es en cierto sentido un *partnership* con un propósito limitado, y se ha reconocido desde hace tiempo que las consecuencias legales de un *joint venture* son equivalentes a las de un *partnership*,’ y, como resultado de ello, es apropiado recurrir a la *Partnership Law* para resolver las disputas que involucren a los *joint ventures*.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-202**, *Tehran-Berkeley Civil & Environmental Engineers c. Tippetts-Abbett-McCarthy-Stratton*, Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, 888 F.2d 239 (1989) (“*Tehran-Berkeley*”), p. 5 (“Conforme al derecho de Nueva York, las consecuencias legales de un *joint venture* son equivalentes a las de un *partnership*.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-203**, Servicio de Leyes Consolidadas de Nueva York, Ley de sociedades, § 10, p. 3 (“Las consecuencias jurídicas de un *joint venture* son casi idénticas a las de un *partnership*.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-204**, *Caplan c. Caplan*, 268 N.Y. 445, 447, Tribunal de Apelaciones de Nueva York (1935) (“*Caplan*”), p. 3 (“[U]n *partnership* no es, como sí es una *corporation*, una persona artificial creada por la ley y que existe independientemente de las personas que la crean o controlan.”) (traducción del inglés). El caso citado por los Demandantes es en el mismo sentido. Memorial de Contestación, ¶ 159; **Ap. CL-173**, *Eskenazi c. Schapiro*, 27 A.D.3d 312, 315 (N.Y. App. Div., 1st Dep’t 2006), p. 2. Ver por ejemplo, **Ap. RL-201**, *Deutsche Bank*, p. 4 (“En cuanto a las demás deudas y obligaciones [de un *partnership*], todos los socios son responsables solidariamente.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-202**, *Tehran-Berkeley*, p. 5 (“La ley de Nueva York establece además que los socios son responsables 1. Conjunta y solidariamente por todo lo que sea imputable al *partnership* en virtud de las secciones veinticuatro [responsabilidad civil] y veinticinco [abuso de confianza]. 2. Solidariamente por todas las demás deudas y obligaciones del *partnership*; pero cualquier socio puede obligarse por separado a cumplir un contrato de *partnership*.”) (traducción del inglés).

⁴⁴⁴ Ver **Ap. RL-322**, Jack B. Weinstein, Harold L. Korn y Arthur R. Miller, 3 NEW YORK CIVIL PRACTICE: CPLR, ¶ 1025.00 Contexto procesal de CPLR 1025: Sociedades y asociaciones no incorporadas, p. 1 (“[U]n *partnership*, a diferencia de un *corporation*, no es una entidad enteramente separada e independiente de los individuos que la componen”) (traducción del inglés); **Ap. CL-175**, 15A N.Y. JUR. 2D BUSINESS RELATIONSHIPS, § 1498, p. 1 (“Un *partnership*, a diferencia de un *corporation*, en forma general, no es una entidad legal separada e independiente de los individuos que la componen.”) (traducción del inglés).

257. Los Demandantes critican – sin ningún fundamento – los casos citados por Colombia que demuestran claramente que un *joint venture* contractual no tiene una personalidad jurídica separada e independiente a la de sus miembros bajo el derecho de Nueva York.⁴⁴⁵ Sin embargo, no son capaces de citar ni un solo caso que respalde su insostenible posición. El hecho de que se permita excepcionalmente que un *partnership* pueda demandar o ser demandado no convierte a un *partnership* con un propósito limitado – como lo es un *joint venture* contractual – en una persona jurídica independiente.⁴⁴⁶ Ello resulta claro de la propia autoridad legal citada por los Demandantes:

EL CPLR 1025 autoriza un litigio por o en contra de un *partnership* en nombre del *partnership*. Esto es estrictamente un recurso procesal que no convierte al *partnership* en una entidad legal separada ni cambia la naturaleza de los

⁴⁴⁵ En particular, los Demandantes critican el caso *Caplan*, argumentando que el Demandado “ignor[a] casi un siglo del derecho de Nueva York”. Memorial de Contestación, ¶ 160; **Ap. RL-204**, *Caplan*, p. 3. Sin embargo, si bien es cierto que para cuestiones matrimoniales *Caplan* ya no resulta aplicable, los principios que pregona sobre *partnership* continúan siendo aplicables. Es por ello que fue citado por la Corte Federal del Distrito Sur de Nueva York en 2005 y por otra corte de Nueva York en 2012 en el caso *Deutsche Bank*. Ver también **Ap. RL-323**, *In re Parmalat Sec. Litig.*, Corte del Distrito Sur de Nueva York, 383 F. Supp. 2d 616 (2005), n. 33; **Ap. RL-201**, *Deutsche Bank*, p. 4 (“En cuanto a las demás deudas y obligaciones [de un *partnership*], todos los socios son responsables solidariamente.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-202**, *Tehran-Berkeley*, p. 5 (sosteniendo que los miembros de un *joint venture* son responsables en forma solidaria por los actos del *joint venture* precisamente porque no existe una entidad jurídica independiente que sea responsable y pueda proteger a los miembros de su responsabilidad personal); Memorial, n. 603.

⁴⁴⁶ Las autoridades legales que citan los Demandantes se vinculan con ciertas situaciones procesales excepcionales bajo el derecho de Nueva York, pero de manera alguna respaldan la afirmación de que un *partnership* tiene una personalidad jurídica separada e independiente a la de sus miembros. Ver Memorial de Contestación, ¶¶ 159-160, nn. 316, 320; **Ap. CL-174**, Reglas y leyes de práctica civil de Nueva York, CPLR § 1025, p. 1 (disponiendo que “[d]os o más personas realizando un negocio como un *partnership* pueden demandar o ser demandados en nombre del *partnership*”); **Ap. CL-175**, 15A N.Y. JUR. 2D BUSINESS RELATIONSHIPS, § 1498, p. 1 (señalando que “para ciertos fines”, como “fines procesales”, podría considerarse la ficción de un *partnership* como una entidad jurídica independiente a sus miembros) (traducción del inglés). Ver también Memorial de Contestación, n. 320; **Ap. CL-177**, *Michelman-Cancelliere Iron Works, Inc. c. Kiska Const Corp.-USA*, 18 A.D.3d 722, 723 (N.Y. 2d Dep’t 2006), p. 1 (simplemente estableciendo que un demandado no puede plantear una contrademanda contra uno de los miembros individuales del *joint venture* “con base en cuestiones que no están relacionadas con los negocios del [j]oint [v]enture”) (traducción del inglés); **Ap. CL-178**, *County of Monroe c. Raytheon Co.*, 156 Misc.2d 445, 454 (N.Y. Sup. Ct. 1991) (permitiendo excepcionalmente a un subrogado de un miembro de un *joint venture* iniciar una acción contra el *joint venture*).

derechos y responsabilidades del *partnership* o aquellos de sus miembros individuales.⁴⁴⁷

258. Asimismo, las cortes de Nueva York han reconocido la distinción entre la regla excepcional que permite a un *partnership* demandar y ser demandado y la inexistencia de una personalidad jurídica separada e independiente de un *partnership*, como resulta evidente de la siguiente sentencia de la Corte de Apelaciones:

Las personas que manejan un negocio como un *partnership* pueden ser demandadas en nombre del *partnership* (*ver*, CPLR 1025) o cada una puede ser nombrada individualmente como demandada . . . A diferencia de una *corporation*, un *partnership* no es una entidad separada.⁴⁴⁸

259. En sentido concordante, las cortes federales que han analizado el derecho de Nueva York han reconocido esta distinción e incluso han resaltado que ese recurso procesal, que es un mero mecanismo para facilitar un litigio contra un *partnership*, no convierte a un *partnership* en una entidad legal independiente:

[El derecho procesal de Nueva York] permite un litigio por o contra un *partnership* en nombre del *partnership*, pero es claro que nunca se tuvo la intención de hacer a un *partnership* de Nueva York una entidad legal separada e independiente de sus *partners*. Fue meramente un mecanismo para facilitar el litigio de un *partnership*.⁴⁴⁹

260. En conclusión, los Demandantes no han podido citar ni un solo caso (más allá de ciertos casos que establecen esta regla procesal excepcional) que apoye su

⁴⁴⁷ **Ap. CL-174**, Reglas y leyes de práctica civil de Nueva York, CPLR § 1025, p. 2 (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁴⁸ **Ap. RL-324**, *Niagara Mohawk Power Corp. c. Freed*, Corte Suprema de Nueva York, División de Apelaciones, Departamento Cuarto, 278 A.D.2d 839 (2000), p. 2 (traducción del inglés). Este caso, decidido en el año 2000, también contradice los dichos de los Demandantes de que este principio ya no es aplicable.

⁴⁴⁹ **Ap. RL-325**, *Koons c. Kaiser*, Distrito Sur de Nueva York, 91 F. Supp. 511 (1950), p. 6 (traducción del inglés) (comentando sobre la regla legal precedente al CPLR § 1025).

insostenible posición por una sencilla razón: no existe ningún caso bajo el derecho de Nueva York que sostenga que un *partnership* tiene una personalidad jurídica propia e independiente a la de sus miembros.⁴⁵⁰

261. También cabe destacar que bajo el derecho de Nueva York un *partnership* no puede tener su propia “nacionalidad”.⁴⁵¹ La imposibilidad de un *partnership* (y, por ende, de un *joint venture* contractual como FPJVC) a tener una nacionalidad – que es uno de los atributos esenciales de la personalidad jurídica – refuerza aún más la noción que bajo el derecho de Nueva York un *joint venture* contractual (que es asimilado a un *partnership* con un propósito limitado) no es una persona jurídica separada e independiente de sus miembros. Obviamente, si el Demandante FPJVC no puede tener su propia nacionalidad bajo el derecho de Nueva York, no podría nunca calificar como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

262. Por si ello no fuera suficiente, convenientemente los Demandantes guardan silencio respecto a los propios términos del Acuerdo de Empresa Conjunta, en el que

⁴⁵⁰ Asimismo, cabe recordar que en la Audiencia sobre Medidas Provisionales los Demandantes reconocieron que los activos son propiedad de los miembros del *joint venture* y que FPJVC no tiene activos a su nombre. Transcripción de Audiencia sobre Medidas Provisionales, pp. 111-112.

⁴⁵¹ Ver **Ap. RL-326**, 15A PRÁCTICA FEDERAL DE MOORE – CIVIL (2021), § 102.57, p. 2 (“[U]n *partnership* no es un ‘ciudadano’ de un estado dentro del significado de las leyes que regulan la jurisdicción, y su ciudadanía debe ser determinada con referencia a cada uno de sus *partners*.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-327**, 15A N.Y. 2D JUR. BUSINESS RELATIONSHIPS § 1550, p. 1 (“Un *partnership*, como tal, no tiene una residencia distinta de la residencia de sus *partners* individuales.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-328**, 1 GUÍA DE LITIGIOS FEDERALES: NUEVA YORK Y CONNECTICUT (2021), § 6.03, p. 5 (“Una alegación de ciudadanía de una sociedad o asociación no constituida debe especificar los estados particulares de ciudadanía de cada socio o miembro. [Las] sociedades y asociaciones no constituidas carecen de ciudadanía propia a efectos de la ley general de diversidad. En cambio, la ciudadanía de una sociedad o asociación no constituida depende de la ciudadanía de cada uno de los miembros individuales de la asociación.”) (traducción del inglés; énfasis omitido); **Ap. RL-329**, CODIFICACIÓN (TERCERA) DEL DERECHO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES DE LOS ESTADOS UNIDOS (American Law Institute 1987), § 213, p. 124, comentario a (“Para efectos de esta sección [nacionalidad de las corporaciones], una asociación no es una sociedad con nacionalidad propia si la ley nacional que la crea no la trata como una entidad con derechos, deberes y capacidades propios. Por lo tanto, bajo los sistemas de derecho anglosajón, una asociación no es una entidad con nacionalidad.”) (traducción del inglés).

Foster Wheeler y Process Consultants expresamente acordaron que [REDACTED]
[REDACTED]⁴⁵² Y tampoco nada dicen sobre el hecho que el Proceso de Responsabilidad Fiscal solamente vincula a Foster Wheeler y Process Consultants (que sí son personas jurídicas), mas no a FPJVC, precisamente porque FPJVC no tiene una personalidad jurídica independiente.⁴⁵³

263. A pesar de que los Demandantes argumentan que existe una diferencia entre este caso y el caso *Impregilo c. Pakistán*, basada en que el *joint venture* en aquel caso se regía bajo el derecho suizo,⁴⁵⁴ la realidad es que no existe ninguna diferencia relevante entre ambos casos, ya que ambos acuerdos de asociación o *joint venture* contractuales (uno constituido bajo el derecho suizo en *Impregilo* y el otro bajo el derecho de Nueva York en este caso) no tienen una personalidad jurídica propia. Es por tal motivo que el tribunal del CIADI en *Impregilo* concluyó que un *joint venture* contractual no era una “persona jurídica” a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI:

El Tribunal está de acuerdo con parte del análisis de Pakistán, y considera que Impregilo no puede presentar reclamaciones en este procedimiento en nombre de GBC [*joint venture*]. . . . De ello se desprende que el consentimiento al arbitraje contenido en el TBI no cubre las reclamaciones de GBC, ya que GBC no es una “persona jurídica” a los efectos del Convenio CIADI. . . . En la medida en que se trata de una reclamación con respecto a las supuestas pérdidas de GBC, sigue siendo una reclamación de una agrupación no constituida en sociedad que no cumple con los requisitos del TBI y del Convenio CIADI, y queda fuera del alcance del

452 [REDACTED]
[REDACTED]

⁴⁵³ Memorial, ¶ 202, n. 605; **Ap. R-66**, Auto de Apertura, p. 1; **Ap. R-52**, Auto de Imputación – Parte 1: Aspectos generales del proceso y hallazgos fácticos, p. 1; **Ap. R-71**, Fallo con Responsabilidad Fiscal – Parte 1: Competencia, antecedentes probatorios, actuaciones procesales y otros, p. 1.

⁴⁵⁴ Memorial de Contestación, ¶ 158.

consentimiento a arbitraje de Pakistán. . . . El hecho de que GBC no tenga personalidad jurídica propia puede llevar a la conclusión de que, en cualquier caso, no puede tratarse de una “reclamación de GBC”, ya que GBC no es más que una relación contractual entre diferentes entidades. Sin embargo, esto no convierte a la reclamación en una reclamación propia de Impregilo.⁴⁵⁵

264. Respecto al segundo argumento de los Demandantes, el hecho que un *joint venture* contractual pueda eventualmente ser considerado como un “inversionista de una Parte” bajo el Tratado⁴⁵⁶ resulta irrelevante para determinar si un *joint venture* contractual califica o no como un “nacional de otro Estado Contratante” a los fines del Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI. Esa es justamente la cuestión central que debe analizarse

⁴⁵⁵ **Ap. RL-129**, *Impregilo S.p.A c. República Islámica de Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/3, Decisión sobre Jurisdicción, 22 de abril de 2005, ¶¶ 131, 134, 137, 139 (traducción del inglés; énfasis añadido); Memorial, ¶ 303. Ver también **Ap. RL-200**, *Consortio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA c. República Democrática y Popular de Argelia*, Caso CIADI No. ARB/03/08, Laudo, 10 de enero de 2005, ¶¶ 37-41; **Ap. RL-187**, C. Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Artículo 25, ¶¶ 689-692 (“[T]ambién hubo cierta oposición a ampliar la definición del término ‘empresa’ a una mera asociación de personas naturales o a un *partnership* no constituido. . . . Los borradores posteriores y el Convenio [CIADI] se refieren a la ‘persona jurídica’ sin una definición. Esto indica que la personalidad jurídica es un requisito para la aplicación del Art[ículo] 25(2)(b) y que una mera asociación de individuos o de personas jurídicas no podría cumplir estos requisitos. En tal hipótesis, las personas individuales podrían plantear su caso con arreglo al Art[ículo] 25(2)(a) o las personas jurídicas que forman la asociación tendrían que presentar su caso por separado en virtud del Art[ículo] 25(2)(b). Esto ha sido confirmado por los tribunales del CIADI. En el caso *LESI-DIPENTA c. Argelia*, el Tribunal declinó su competencia para conocer una reclamación presentada por un consorcio de empresas. El Tribunal del caso *Impregilo c. Pakistán* también sostuvo que no se le permitía al Demandante presentar una reclamación del TBI ante el CIADI en nombre de todos sus socios en un *joint venture* no constituido. El consorcio no constituido no calificó como persona jurídica a los efectos del CIADI.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁵⁶ Memorial, ¶ 306; **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.28 (definiendo a un “inversionista de una Parte” como a “un nacional o empresa de la Parte” que realiza una inversión en el territorio de la otra Parte); **Ap. RL-2**, APC Colombia-EE.UU., Capítulo 1, Artículo 1.3 (definiendo a una “empresa de una Parte” como “una empresa organizada o constituida de conformidad con las leyes de una Parte”, y al término “empresa” como “cualquier entidad constituida u organizada conforme a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro y sea de propiedad privada o gubernamental, incluidas cualesquier sociedad, fideicomiso, participación, empresa de propietario único, empresa conjunta [*joint venture*] u otra asociación”). La versión en inglés del Artículo 1.3 del APC Colombia-EE.UU. utiliza expresamente el término “*joint venture*”. Sin embargo, no especifica si el término “empresa conjunta” – o “*joint venture*” en la versión en inglés – incluye a los *joint venture* contractuales (*unincorporated joint ventures*) o solamente a los *joint ventures* constituidos (*incorporated joint ventures*).

a través del *double-keyhole approach* que resulta aplicable en todo arbitraje CIADI.⁴⁵⁷ De ser cierto el argumento de los Demandantes (*i.e.*, que lo único que importa es el consentimiento de las partes contratantes del Tratado al arbitraje CIADI), el *double-keyhole approach* no tendría razón de ser, ya que las partes contratantes de un tratado de inversiones podrían determinar que una determinada diferencia se encuentra dentro de la jurisdicción del CIADI sin que se requiriese un análisis por separado del cumplimiento de los requisitos objetivos que establece el Convenio CIADI (tales como la existencia de una “inversión” o que la diferencia involucre un “nacional de otro Estado Contratante”) para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción.⁴⁵⁸ Ello es a todas luces incorrecto.

⁴⁵⁷ El “*double-keyhole approach*” o “*double-barrelled test*” implica que, independientemente que un demandante califique como un “inversionista” bajo el tratado de inversiones correspondiente, debe además calificar como una “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Convenio CIADI para que un tribunal del CIADI pueda ejercer competencia *ratione personae* sobre su reclamación. Así, este Tribunal – que ha sido constituido bajo el Tratado y el Convenio CIADI – solo tendrá competencia *ratione personae* sobre la reclamación del Demandante FPJVC si el *joint venture* contractual FPJVC califica como un “inversionista” bajo el Tratado y también como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Convenio CIADI. Ver n. 433, *supra*.

⁴⁵⁸ Memorial, n. 568; **Ap. RL-186**, *Malicorp Limited c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/08/18, Laudo, 7 de febrero de 2011, ¶ 107 (“[P]ara que un procedimiento basado en la violación de un tratado sea admisible, la inversión a la que se refiere la controversia debe superar una doble prueba (también conocida como ‘*double keyhole approach*’ o ‘*double-barrelled test*’. . .). En la práctica, debe corresponder: - por un lado, al significado dado al término por el tratado, que define el marco del consentimiento dado por el Estado, y también - por otro lado, al significado dado en el Convenio CIADI, que determina la jurisdicción del Centro y de los tribunales arbitrales que actúan bajo sus auspicios”.) (traducción del inglés); **Ap. RL-330**, *Aguas del Tunari, S.A. c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre las excepciones en materia de jurisdicción opuestas por el Demandado, 21 de octubre de 2005, ¶ 278 (“Este Tribunal es establecido conforme al Convenio CIADI, y su competencia se encuentra limitada por el Convenio CIADI, según lo establecido en el Artículo 25, este Tribunal, por lo tanto, debe establecer si la controversia que le ha sido presentada en el marco del TBI cumple los requisitos de competencia definidos por el referido Artículo 25 [del Convenio CIADI]. Los Estados Partes del TBI pueden tratar de incluir todo tipo de diferencias. Pero cuando se intenta hacer competente al CIADI, que es una institución regulada por un instrumento independiente, en las controversias que surjan en el marco de su TBI, la gama de las diferencias que pueden someterse al Centro se limita necesariamente a las que cumplen los requisitos en materia de competencia definidos en el Artículo 25”.); **Ap. RL-331**, *Phoenix Action Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril de 2009, ¶ 74 (“[L]a jurisdicción del Tribunal depende del cumplimiento de los requisitos jurisdiccionales de ambos el Convenio CIADI y el TBI relevante”). (traducción del inglés).

265. Dicho de otro modo, la eventual calificación como un “inversionista” bajo el Tratado no es suficiente para que el Centro puede ejercer su jurisdicción *ratione personae* sobre la reclamación del Demandante FPJVC: este también debe calificar como un “nacional de otro Estado Contratante” conforme al Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI para que un tribunal constituido bajo el Convenio CIADI tenga competencia *ratione personae* sobre su reclamación, lo que evidentemente en este caso no resulta posible ya que FPJVC no es una persona jurídica. Por lo tanto, en este caso, que el Artículo 10.28 del Tratado incluya a un *joint venture* dentro de la definición de “empresa” no tiene ninguna relevancia a los efectos de analizar si un *joint venture* califica como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI.

266. La determinación de si un *joint venture* contractual – como FPJVC – califica o no como un “nacional de otro Estado Contratante” en los términos del Artículo 25(2)(b) depende de si puede considerarse una “persona jurídica” conforme al derecho bajo el cual fue creado. Al respecto, cabe recordar las palabras del Profesor Schreuer sobre este punto:

Algunos tratados bilaterales de inversión incluyen asociaciones sin personalidad jurídica en su definición de ‘inversionista’. Pero a los efectos del Convenio [CIADI,] la cualidad de la personalidad jurídica es inherente al concepto de ‘persona jurídica’ e integra los requisitos objetivos de la jurisdicción [del CIADI].⁴⁵⁹

267. A los fines de poder ignorar los requisitos objetivos que requiere el Convenio CIADI para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción *ratione personae* sobre

⁴⁵⁹ **Ap. RL-187**, C. Schreuer y otros, THE ICSID CONVENTION: A COMMENTARY, Artículo 25, ¶ 693 (traducción del inglés; énfasis añadido).

una diferencia, los Demandantes enfocan su argumento en el “consentimiento” al arbitraje CIADI que el Tratado contiene.⁴⁶⁰ Sin embargo, el argumento del “consentimiento” que plantean los Demandantes no es más que una mera distracción, ya que la cuestión relevante a analizar respecto a esta objeción no es si existe un consentimiento al arbitraje CIADI bajo el Tratado (o sea, si existe jurisdicción *ratione voluntatis* del CIADI), sino si se cumplen todos los requisitos objetivos establecidos en el Convenio CIADI para que un tribunal del CIADI tenga competencia sobre la presente diferencia (en este caso, si existe jurisdicción *ratione personae* del CIADI). El hecho que el consentimiento al CIADI pueda otorgarse mediante una oferta unilateral de un Estado en un tratado de inversiones no suple la necesidad de cumplir con los demás requisitos objetivos que requiere el Convenio CIADI para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción, entre los que se encuentran que la diferencia sea entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.⁴⁶¹

268. En resumen, el Demandante FPJVC no califica como un “nacional de otro Estado Contratante” bajo el Artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI porque no es una persona jurídica, y por ende este Tribunal carece de competencia *ratione personae* sobre la reclamación del Demandante FPJVC.

⁴⁶⁰ Memorial de Contestación, ¶¶ 165-171. En efecto, que el Artículo 10.17 del Tratado contenga un consentimiento al arbitraje CIADI no tiene ninguna relevancia para determinar si se han satisfecho los requisitos objetivos que el Convenio CIADI exige que se cumplan para que el Centro pueda ejercer su jurisdicción sobre una determinada diferencia.

⁴⁶¹ Ver **Ap. R-126**, Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, ¶ 25 (“Aunque el consentimiento de las partes constituye un requisito previo esencial para dar jurisdicción al Centro, el mero consentimiento no es suficiente para someter una diferencia a su jurisdicción. En concordancia con la finalidad del convenio, la jurisdicción del Centro resulta además limitada por la naturaleza de la diferencia y de las partes”). El párrafo del libro del Profesor Schreuer que citan los Demandantes no presenta ninguna contradicción con otras partes de su libro que han sido citadas por el Demandado. Memorial de Contestación, ¶ 170.

III.

Los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants No Enviaron sus Notificaciones de Intención Como Requiere el Tratado

269. El Tribunal tampoco tiene competencia *ratione voluntatis* sobre las reclamaciones de los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants debido a que no enviaron sus notificaciones de intención – como requieren los Artículos 10.16.2 y 10.17 del Tratado – con anterioridad al sometimiento de sus reclamaciones a arbitraje.⁴⁶²

270. En su Memorial de Contestación, los Demandantes sostienen que el requisito fue cumplido cuando el Demandante FPJVC envió su Notificación de Intención, ya que Foster Wheeler y Process Consultants conforman el *joint venture* FPJVC, y Colombia no sufrió ningún perjuicio por esa supuesta omisión.⁴⁶³ Sin embargo, ninguno de los argumentos de los Demandantes suple la falta de cumplimiento de este requisito esencial, que forma parte del consentimiento mismo para que puedan someter sus reclamaciones a arbitraje bajo el Tratado.

271. Como los propios Demandantes reconocen, el Artículo 10.17 del Tratado requiere que “[c]ada Parte consient[a] en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este [Tratado]” y, a su vez, el Artículo 10.16.2 establece que “[p]or lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje”.⁴⁶⁴ El texto

⁴⁶² Memorial, ¶¶ 310-318.

⁴⁶³ Memorial de Contestación, ¶¶ 172-182.

⁴⁶⁴ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículos 10.16.2 y 10.17; Memorial de Contestación, ¶ 172. Cabe remarcar que las Partes Contratantes del Tratado “no otorgaron un consentimiento incondicional al arbitraje bajo cualquier circunstancia”, sino que solo consintieron a un arbitraje “de conformidad con” los propios términos del

y espíritu del Artículo 10.16.2 no pueden ser más claros: cada demandante tiene la obligación de entregar una notificación de intención por lo menos noventa (90) días antes de someter su reclamación a arbitraje. Se trata de un requisito individual que cada demandante debe cumplir para que exista un consentimiento bajo el Tratado para someter una reclamación a arbitraje.⁴⁶⁵

272. La falta de entrega de la notificación de intención en el plazo de noventa (90) días antes de presentar una notificación de arbitraje conlleva que no se encuentre satisfecho el requisito establecido en el Artículo 10.16.2 del Tratado y que, por lo tanto, no exista un consentimiento del Demandado para arbitrar la disputa. Ello debido a que – como la otra Parte Contratante del Tratado, Estados Unidos, ha expresado en sus presentaciones como parte no contendiente al analizar el lenguaje de esta disposición – “[l]os requisitos procesales del Artículo 10.16 no son meras ‘sutilezas’ técnicas, sino que

Tratado. Memorial, ¶ 314; **Ap. RL-206**, *Astrida Benita Carrizosa c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/05 (APC Colombia-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*”), ¶¶ 23, 26 (traducción del inglés; énfasis omitido). Ver también **Ap. RL-207**, *Alberto Carrizosa Gelzis y otros c. República de Colombia*, Caso CPA No. 2018-56 (APC Colombia-EE.UU.), Presentación de los Estados Unidos de América, 1 de mayo de 2020 (“*Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*”), ¶¶ 23, 26; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 10. Ver también **Ap. RL-221**, *Waste Management, Inc. c. Estado Unidos Mexicanos (I)*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2 (TLCAN), Laudo Arbitral, 2 de junio de 2000 (“*Waste Management I*”), §§ 16-17, (“Del tenor literal de este artículo [1122 del TLCAN] se entiende, a los efectos que nos interesan, que el cumplimiento, entre otros, de los requisitos establecidos en el artículo 1121 se traducirá en el consentimiento de las partes suscriptoras del [TLCAN] al mecanismo de solución de controversias establecido en el Capítulo XI, Sección B del TLCAN. En base a lo expuesto, este Tribunal entiende que el análisis del cumplimiento de los requisitos establecidos como condiciones previas al sometimiento de una reclamación a arbitraje establecidas en el [A]rtículo 1121 del TLCAN debe considerarse con extremada atención ya que su cumplimiento permite ‘ipso facto’ el acceso a un procedimiento arbitral de acuerdo con el compromiso adquirido por las partes al suscribir este Tratado Internacional”).

⁴⁶⁵ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.16.2. Como señaló Colombia en su Memorial, en la notificación de intención debe especificarse información concerniente a cada demandante tal como tal como el “nombre” y la “dirección del demandante”, lo que demuestra que el requisito es individual. Memorial, n. 618.

son requisitos explícitos del tratado”, que “un tribunal no puede simplemente pasar por alto”.⁴⁶⁶

273. En igual sentido, varias decisiones de tribunales arbitrales – que los Demandantes convenientemente ignoran en su Memorial de Contestación – han confirmado que este tipo de requisito no es una “mera sutileza procesal”, sino “un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte Demandante, antes de presentar su arbitraje”, y que su “omisión constituye un grave incumplimiento” que hace que el “Tribunal care[zca] de competencia” sobre la reclamación.⁴⁶⁷

⁴⁶⁶ **Ap. RL-206**, *Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*, ¶¶ 28-29 (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-207**, *Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*, ¶¶ 28-29; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶¶ 13-14.

⁴⁶⁷ Memorial, ¶ 316; **Ap. RL-209**, *Methanex Corp. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 7 de agosto de 2002, ¶ 120 (“Para establecer el consentimiento necesario al arbitraje, es suficiente demostrar (i) que el Capítulo XI se aplica en primer lugar, es decir, que se cumplen los requisitos del Artículo 1101, y (ii) que un inversionista demandante ha presentado una reclamación de conformidad con los Artículos 1116 o 1117 (y que se cumplen todas las condiciones previas y las formalidades requeridas en virtud de los Artículos 1118-1121). Cuando un demandante cumple con estos requisitos, se satisface el Artículo 1122; y se establece el consentimiento de la Parte del TLCAN al arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-210**, *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Gobierno de Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1 (TLCAN), Decisión sobre una Solicitud para Incorporar a una Nueva Parte, 31 de enero de 2008, ¶¶ 29-30 (“El Tribunal no duda de la importancia de las disposiciones señaladas y considera que no pueden considerarse como meras sutilezas procesales. Cumplen una función sustancial que, de no cumplirse, privarían a la [d]emandada del derecho a ser informada previamente de los agravios contra sus medidas y de perseguir cualquier intento de desactivar la reclamación anunciada. Esto sería difícilmente compatible con las exigencias de la buena fe conforme al derecho internacional y podría incluso tener un efecto adverso sobre el derecho de la [d]emandada a una defensa adecuada. Por lo tanto, incluso si se concluyera que las reclamaciones de Merrill & Ring y de Georgia Basin son similares, el cumplimiento de las disposiciones mencionadas anteriormente aún debería satisfacerse.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-213**, *Murphy Exploration and Production Company International c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/4, Laudo sobre Jurisdicción, 15 de diciembre de 2010, ¶ 149 (“A juicio de este Tribunal, la exigencia de que las partes deban procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis meses, no es, como pretende la [d]emandante y han sostenido algunos tribunales arbitrales ‘una regla procesal’ o una etapa ‘de naturaleza no obligatoria y procesal’ que el interesado pueda satisfacer o no. Por lo contrario, se trata de un requisito fundamental que debe cumplir, obligatoriamente, la parte [d]emandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.”), ¶ 157 (“Con fundamento en lo expresado anteriormente, el Tribunal llega a la conclusión de que Murphy International incumplió las exigencias del [A]rtículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América; que esa omisión constituye un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, este Tribunal carece de competencia para conocer de este proceso.”) (énfasis añadido).

274. El argumento de los Demandantes acerca de que la Notificación de Intención enviada por el Demandante FPJVC es suficiente para cumplir con el requisito del Artículo 10.16.2 del Tratado porque el *joint venture* se encuentra conformado por Foster Wheeler y Process Consultants⁴⁶⁸ es contradictoria con su propia posición en este arbitraje al argumentar que cada uno de los Demandantes califica como una “empresa” y un “inversionista” en forma independiente bajo el Tratado.⁴⁶⁹ En este caso, el Demandante FPJVC entregó su Notificación de Intención por cuenta propia – y no en representación de Foster Wheeler y Process Consultants – por lo que los otros dos Demandantes no pueden beneficiarse de la Notificación de Intención entregada por FPJVC.⁴⁷⁰

275. El hecho que los Demandantes consideren que el cumplimiento de este requisito no es importante – bajo el argumento que Colombia ya estaba supuestamente informada de sus reclamaciones contra Colombia por medio de la Notificación de Intención enviada por el Demandante FPJVC⁴⁷¹ – no le otorga mágicamente competencia *ratione voluntatis* a este Tribunal. Los requisitos previstos en el Tratado – y que condicionan el consentimiento otorgado por las Partes Contratantes – están para cumplirse y, conforme a lo que establecen expresamente los Artículos 10.16.2 y 10.17

⁴⁶⁸ Memorial de Contestación, ¶ 179.

⁴⁶⁹ Notificación de Arbitraje, ¶ 29; Memorial, ¶ 312, nn. 616, 617.

⁴⁷⁰ Esto es confirmado por los términos de la propia Notificación de Arbitraje, en la que los tres Demandantes inician la reclamación por cuenta propia. *Ver por ejemplo* Notificación de Arbitraje, ¶¶ 26, 42 (“Los Demandantes presentan reclamaciones, tanto en virtud del Artículo 10.16.1(a)(i)(A), como del Artículo 10.16.1(a)(i)(C) del [Tratado]”). (traducción del inglés).

⁴⁷¹ Memorial de Contestación, ¶ 181.

del Tratado, su incumplimiento conlleva la falta de competencia *ratione voluntatis* de este Tribunal.⁴⁷²

276. Por otro lado, resulta curioso que los Demandantes se basen principalmente en la decisión de la mayoría en *B-Mex c. México* en respaldo de su posición, y consideren que ese es el enfoque “correcto”,⁴⁷³ cuando la firma de abogados que los representa (*Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP*) justamente argumentó con vehemencia la postura contraria en ese caso – que es la que aquí sostiene Colombia. Actuando en representación de México, la firma de abogados de los Demandantes argumentó que el incumplimiento del requisito de entrega de una notificación de arbitraje implicaba que el sometimiento de la reclamación a arbitraje fuera “*nula ab initio*” y que, por tanto, no existiera un consentimiento en los términos del TLCAN.⁴⁷⁴ Esa postura – que es consistente con el lenguaje explícito del TLCAN y del Tratado, y con lo que han manifestado las propias Partes Contratantes del Tratado – también fue acogida en *B-Mex* por el árbitro disidente, el Profesor Vinuesa, quien efectuó el siguiente razonamiento lógico:

En conclusión, es imprescindible la existencia de una notificación de intención que defina la existencia misma de un inversor reclamante. Este es un requisito inexcusable para identificar no solo al demandante sino a la propia controversia alegada. . . . La existencia de la notificación de intención por

⁴⁷² Ver Memorial, ¶ 316; **Ap. RL-206**, *Presentación de EE.UU. en Astrida Carrizosa*, ¶ 27 (“Un inversionista demandante que no entregue una Notificación de Intención noventa (90) días antes de presentar una Notificación de Arbitraje o una Solicitud de Arbitraje, no satisface el requisito procesal establecido en el Artículo 10.16.2 y[,] por lo tanto[,] no logra el consentimiento del demandado para arbitrar. En tales circunstancias, el tribunal carecerá de competencia *ab initio*.”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-207**, *Presentación de EE.UU. en Alberto Gelzis*, ¶ 27; **Ap. RL-63**, *Presentación de EE.UU. en Bay View*, ¶ 12.

⁴⁷³ Memoria de Contestación, ¶ 180.

⁴⁷⁴ **Ap. RL-216**, *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3 (TLCAN), Laudo Parcial, 19 de julio de 2019, ¶¶ 3, 41, 63, 70, 118, 134.

parte del inversor hace a la jurisdicción del Tribunal. . . . [N]o se ha citado un solo caso que permitiera acceso al arbitraje a un inversor que no estuviera identificado en una notificación de intención. . . . La identificación de todo demandante a través de la notificación de intención es el requisito que indefectiblemente debe cumplirse para que se otorgue jurisdicción.⁴⁷⁵

277. En conclusión, la falta de entrega de las notificaciones de intención por parte de los Demandantes Foster Wheeler y Process Consultants, en incumplimiento del requisito explícito del Artículo 10.16.2 del Tratado, conlleva la desestimación de sus reclamaciones por falta de competencia *ratione voluntatis* del Tribunal sobre estas.

IV.

Al Alegar una Violación de Trato Justo y Equitativo del Tratado Ante los Tribunales Colombianos, los Demandantes Han Elegido Definitivamente esa Vía

278. Este Tribunal tampoco tiene competencia bajo el Tratado sobre la reclamación por violación de TJE que esgrimen los Demandantes debido a que ellos han elegido definitivamente someter dicha violación a los tribunales colombianos cuando iniciaron una acción de tutela en la cual alegaron esa violación.⁴⁷⁶

279. En su Memorial de Contestación, los Demandantes argumentan que esto es falso porque la acción iniciada en Colombia era necesaria para preservar sus derechos y, a todo evento, dicha acción no satisface el *test* de triple identidad que debería verificarse para que la acción en Colombia tuviera un efecto preclusivo.⁴⁷⁷ Sin embargo,

⁴⁷⁵ **Ap. RL-217**, *B-Mex, LLC y otros c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/16/3 (TLCAN), Opinión Disidente Parcial del Árbitro Raúl E. Vinuesa, 6 de julio de 2019, ¶¶ 92-93 (énfasis añadido).

⁴⁷⁶ Memorial, ¶¶ 319-328.

⁴⁷⁷ Memorial de Contestación, ¶¶ 183-197.

ninguno de los argumentos esgrimidos por los Demandantes resulta efectivo para evitar la aplicación de la disposición de *electa una via* contenida en el Anexo 10-G del Tratado, que establece que dicha elección es definitiva.

280. En efecto, al alegar ante los tribunales colombianos en la Acción de Tutela de 2018 que existió una violación de la obligación de TJE bajo el Tratado, los Demandantes hicieron una elección definitiva por ese foro.⁴⁷⁸ Si la acción iniciada contra Colombia fue o no para preservar sus derechos, o si hay o no una triple identidad, resulta irrelevante según los términos del Anexo 10-G del Tratado para determinar si existió una elección definitiva de someter una reclamación por violación de la obligación de TJE a los tribunales colombianos, ya que el Anexo 10-G sólo requiere como presupuesto para su aplicación que se haya “alegado” la violación de la obligación de TJE ante los tribunales colombianos, y eso es lo que ha ocurrido en este caso.⁴⁷⁹

281. Notablemente, los Demandantes evitan referirse al lenguaje explícito del Anexo 10-G, que es claro y no presenta ambigüedades respecto a cuál es el presupuesto para su aplicación:

⁴⁷⁸ Ver Memorial, ¶¶ 323-327; **Ap. R-69**, Acción de Tutela 2018, pp. 7-8 (“Los miembros del FPJVC son inversionistas conforme a los términos del Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y Estados Unidos de América (el “Tratado”) y su trabajo en el Proyecto corresponde a una inversión cubierta/protegida bajo el alcance del Tratado. En consecuencia, la República de Colombia está obligada bajo el Tratado a dar “trato justo y equitativo” a FPJVC de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Uno de los principios fundantes de dicho estándar internacional es que al demandado o imputado debe garantizársele el debido proceso en todos los procesos administrativos o judiciales. Dicho principio es completamente coherente con los principios constitucionales invocados en esta acción de tutela, lo que fortalece la presente solicitud de amparo”). (énfasis añadido).

⁴⁷⁹ Los Demandantes dicen que los antecedentes que justifican las acciones en ambos procedimientos (en la Acción de Tutela 2018 y en este Tratado) son diferentes. Memorial de Contestación, ¶ 193. Ello resulta irrelevante porque el Anexo 10-G sólo requiere una alegación de una violación de una obligación sustantiva del Tratado en un procedimiento local, no el sometimiento de la misma acción. Por otro lado, no es cierto que las partes en ambos procedimientos sean diferentes. Tanto Foster Wheeler como Process Consultants son parte en ambos procedimientos y, según argumentan los propios Demandantes, la CGR es un órgano de Colombia. Tampoco es cierto que el objeto sea diferente. Ver n. 39, *supra*.

1. Un inversionista de los Estados Unidos no puede someter a arbitraje bajo la Sección B una reclamación de que una Parte ha violado una obligación de la Sección A:

(a) por su propia cuenta, según el Artículo 10.16.1(a); o

(b) por cuenta de una empresa de la Parte distinta a los Estados Unidos que es una persona jurídica que el inversionista posee o controla directa o indirectamente, según el Artículo 10.16.1(b),

si el inversionista o la empresa, respectivamente, ha alegado, la violación de una obligación de la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de dicha Parte.

2. Para mayor certeza, si un inversionista de los Estados Unidos elige someter una reclamación del tipo descrito en el párrafo 1 ante un tribunal judicial o administrativo de una Parte distinta a los Estados Unidos, dicha elección será definitiva y el inversionista no puede a partir de ese momento, someter la reclamación a un arbitraje bajo la Sección B.⁴⁸⁰

282. Por lo tanto, conforme al sentido corriente de los términos del Anexo 10-G del Tratado analizado en su contexto, si los Demandantes “alegaron” la violación de la obligación de TJE ante un tribunal judicial colombiano – como lo han hecho en la Acción de Tutela 2018 – no pueden ahora someter a arbitraje esta misma reclamación.⁴⁸¹

283. Los Demandantes también argumentan que la elección no puede considerarse definitiva porque iniciaron la Acción de Tutela 2018 debido a que no tenían “otra alternativa razonable para intentar preservar sus derechos en virtud del derecho colombiano”.⁴⁸² Incluso si esto llega a ser cierto, tal excusa resulta irrelevante. A diferencia de los casos que citan los Demandantes, conforme a la estructura del Tratado y los términos del Anexo 10-G, nada le impedía a los Demandantes iniciar acciones

⁴⁸⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Anexo 10-G (énfasis añadido).

⁴⁸¹ Ver n. 196, *supra*.

⁴⁸² Memorial de Contestación, ¶ 186.

administrativas o judiciales en Colombia primero y luego iniciar este Arbitraje (siempre y cuando renunciaran a esas acciones locales cuando decidieran iniciar el Arbitraje). Aún más, nada impedía a los Demandantes iniciar la Acción de Tutela 2018, alegando violaciones del derecho colombiano, sin alegar la violación de la obligación de TJE bajo el Tratado. Sin embargo, si los Demandantes decidieron alegar la violación de la obligación de TJE del Tratado ante los tribunales colombianos, deben cargar con la consecuencia de su elección.

284. Asimismo, contrariamente a lo que argumentan los Demandantes, según sus propios términos, el Anexo 10-G del Tratado no requiere que haya una identidad entre el objeto, las partes y la causa de ambos procedimientos,⁴⁸³ o que la “base fundamental” de ambos procedimientos sea la misma, sino simplemente requiere que el inversionista o la empresa haya alegado la violación de la misma obligación sustantiva del Tratado (en este caso, la obligación de TJE) ante un tribunal judicial o administrativo colombiano, y ello indudablemente ocurrió en este caso.

⁴⁸³ *Id.*, ¶¶ 190-196. Ninguno de los casos citados por los Demandantes (*Id.*, ¶ 187) involucraba disposiciones de *electa una via* en las que sólo se requiriese la alegación de una violación de una obligación sustantiva de un tratado (a diferencia del sometimiento de la misma violación). Ver **Ap. RL-169**, *Occidental*; ¶ 37 (en donde se especifica la objeción del demandado bajo el Artículo VI(3)(a) del TBI Ecuador-EE.UU., que solo establece que “[s]iempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2 . . . la sociedad o el nacional interesado podrá optar con consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio”) (énfasis añadido); **Ap. CL-191**, *Chevron Corporation y Texaco Petroleum Company c. República del Ecuador*, Caso CPA No. 2009-23, Tercer Laudo Interino sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 27 de febrero de 2012, ¶¶ 2.7, 4.78 (“La respuesta breve al tema de la ramificación en el presente caso es que el Artículo VI(3)(a) del TBI [Ecuador- EE.UU.] estipula que la ramificación no es aplicable si ‘el nacional o la sociedad interesada no ha sometido la diferencia [para su solución, según lo previsto por el inciso (a) o el inciso (b) del párrafo 2]”) (traducción del inglés; énfasis añadido); **Ap. RL-214**, *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, ¶ 98 (“El Tribunal nota que en el presente caso los Demandantes no han formulado reclamaciones bajo cortes locales [conforme al Artículo VII(3)(a) del TBI Argentina-EE.UU. (1991), que establece que ‘[e]n el caso en que el nacional o sociedad no hubiera sometido la solución de la controversia bajo los párrafos 2 (a) o (b) . . . el nacional o la sociedad involucrada podrá expresar por escrito su voluntad de someter la controversia al arbitraje obligatorio.’”)) (traducción del inglés; énfasis añadido).

285. Los Demandantes también mencionan el Artículo 10.18.4 del Tratado (que no ha sido invocado por Colombia) y sostienen que las disposiciones de *electa una via* contenidas en ese Artículo y en el Anexo 10-G poseen un lenguaje similar.⁴⁸⁴ Si bien es cierto que hay cierta similitud en el lenguaje, exista una diferencia clave entre ambas disposiciones: el Anexo 10-G del Tratado sólo requiere que se haya alegado la violación de una obligación sustantiva del Tratado en un procedimiento judicial o administrativo local (y no que se haya sometido la misma violación ante un tribunal judicial o administrativo, como estipula el Artículo 10.18.4).⁴⁸⁵ Esta distinción de lenguaje es claramente relevante y se le debe dar un efecto útil.⁴⁸⁶

286. En conclusión, el tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* para conocer la reclamación de los Demandantes por violación de la obligación de TJE del

⁴⁸⁴ Memorial de Contestación, ¶ 189 y n. 366. Ambas disposiciones tienen un ámbito de aplicación distinto. El Artículo 10.18.4 del Tratado resulta aplicable en el supuesto de una reclamación por violación de un acuerdo de inversión o una autorización de inversión, mientras que el Anexo 10-G resulta aplicable en el caso de una violación de una obligación sustantiva del Tratado y solo respecto a los inversionistas de EE.UU. **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.18.4 y Anexo 10-G.

⁴⁸⁵ *Comparar Ap. RL-1*, Tratado, Anexo 10-G(1) (“Un inversionista de los Estados Unidos no puede someter a arbitraje bajo la Sección B una reclamación de que una Parte ha violado una obligación de la Sección A: (a) por su propia cuenta, según el Artículo 10.16.1(a); o (b) por cuenta de una empresa de la Parte distinta a los Estados Unidos que es una persona jurídica que el inversionista posee o controla directa o indirectamente, según el Artículo 10.16.1(b), si el inversionista o la empresa, respectivamente ha alegado, la violación de una obligación de la Sección A en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de dicha Parte”). (énfasis añadido) *con* Artículo 10.18.4 (“Ninguna reclamación puede ser sometida a arbitraje: (i) por una violación de una autorización de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(B) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(B); o (ii) por una violación de un acuerdo de inversión, según el Artículo 10.16.1(a)(i)(C) o el Artículo 10.16.1(b)(i)(C). si el demandante (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(a)) o el demandante o la empresa (por reclamaciones iniciadas bajo el Artículo 10.16.1(b)) ha sometido previamente la misma violación alegada ante un tribunal administrativo o corte del demandado, o ante cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante”). (énfasis añadido); Memorial, ¶ 322 y n. 634.

⁴⁸⁶ *Ver* n. 202, *supra*. Si las Partes Contratantes del Tratado hubieran querido que la aplicación de las disposiciones de *electa una via* estuviesen sujetas al cumplimiento de los mismos requisitos en ambos supuestos, no hubieran utilizado un lenguaje diferente.

Tratado que fue sometida a arbitraje debido a que dicha violación ha sido alegada por los Demandantes en la Acción de Tutela 2018 ante los tribunales colombianos.

V.

La Renuncia Formal y Sustancial Efectuada por los Demandantes Es Inválida e Inefectiva

287. Colombia también objetó la competencia *ratione voluntatis* de este Tribunal debido a que los Demandantes no han efectuado una renuncia válida – tanto formal como sustancial –, en los términos del Artículo 10.18.2(b) del Tratado, a su derecho a iniciar o continuar actuaciones respecto a la medida que alegan que ha constituido una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado.⁴⁸⁷

288. En su Memorial de Contestación, los Demandantes niegan que su renuncia no haya sido válida, y efectúan una serie de argumentos en respaldo de su posición, ninguno de los cuales torna válida su renuncia, que no cumple con los requisitos mínimos que requiere el Tratado.⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ Memorial, ¶¶ 329-343.

⁴⁸⁸ Fiel a su estilo, los Demandantes señalan que “[l]os tribunales del CIADI han rechazado tales argumentos de ‘renuncia’ esgrimidos por Colombia con anterioridad”, pero solo citan el caso *Eco Oro c. Colombia* que presenta notables diferencias con este caso. Memorial de Contestación, n. 379. En *Eco Oro*, el demandante había presentado una renuncia conforme al Artículo 821.3 y Anexo 821 del TLC Colombia-Canadá. Lo que Colombia cuestionó en ese caso fue que dicha renuncia no se refería a todas las medidas alegadas por los demandantes en el arbitraje, ya que algunas de ellas habían ocurrido con posterioridad la notificación de intención (y la renuncia). El tribunal concluyó que la renuncia era válida ya que “Eco Oro siguió casi al pie de la letra el texto contenido en el Anexo 821 [del TLC Colombia-Canadá] y el hecho de que no contuviera referencia a las *Medidas Relacionadas* no es de extrañar, ya que estas ocurrieron después del inicio del arbitraje” y que “las Medidas Relacionadas son una evolución de la misma disputa descrita en la renuncia”. **Ap. CL-51**, *Eco Oro*, ¶¶ 281, 339. Sin embargo, en este caso, los Demandantes no siguieron “al pie de la letra el texto contenido en [el Artículo 10.18.2(b) del [Tratado]”, sino que presentaron una renuncia que excede sus términos y que, por lo tanto, quebranta el consentimiento de las Partes para este Arbitraje. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 25 (en donde los Demandantes presentaron su “renuncia” “sin perjuicio del derecho de los Demandantes a defenderse en

289. El Artículo 10.18 del Tratado es claro en que, para someter una reclamación a arbitraje, la notificación de arbitraje debe acompañarse de una renuncia por escrito “a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo . . . cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación” del Tratado.⁴⁸⁹ Solamente una renuncia en los términos del Artículo 10.18.2(b) del Tratado es una renuncia efectiva a los fines del Tratado, y es capaz de perfeccionar la oferta de consentimiento otorgada por las Partes Contratantes.⁴⁹⁰

290. La renuncia efectuada por los Demandantes en su Notificación de Arbitraje no cumple con los requisitos formales del Artículo 10.18.2(b) del Tratado. Los Demandantes agregaron en el texto de su renuncia la siguiente manifestación: “[E]sta renuncia es sin perjuicio del derecho de los Demandantes a defenderse en el procedimiento de responsabilidad fiscal y en cualquier procedimiento relacionado,

el procedimiento de responsabilidad fiscal y en cualquier procedimiento relacionado, incluyendo cualquier apelación”) (traducción del inglés; énfasis añadido); Memorial, ¶¶ 337-343.

⁴⁸⁹ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.18.2(b).

⁴⁹⁰ Memorial, ¶¶ 330-333, n. 650; **Ap. RL-218**, *The Renco Group Inc. c. República de Perú*, Caso CIADI No. UNCT/13/1 (APC Perú-EE.UU.), Laudo Parcial sobre Jurisdicción, 15 de julio de 2016 (“*Renco*”), ¶ 73 (“[E]l cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye una condición y una limitación respecto del consentimiento de Perú para someterse a arbitraje. El Artículo 10.18(2) contiene los términos respecto de los cuales la oferta de arbitraje no negociable de Perú es pasible de ser aceptada por un inversionista. Por consiguiente, el cumplimiento del Artículo 10.18(2) constituye un prerrequisito fundamental para la existencia de un acuerdo de arbitraje y, en consecuencia, para la jurisdicción del Tribunal”), ¶ 138 (“[L]a renuncia viciada afecta la esencia de la jurisdicción del Tribunal”). Ver también **Ap. RL-287**, *Presentación de EE. UU. en Alicia Grace*, ¶ 46 (“Debido a que los requisitos de la renuncia bajo el Artículo 1121 [del TLCAN] son unos de los requisitos sobre los cuales las Partes han condicionado su consentimiento, una renuncia válida y efectiva es una precondition para el consentimiento de las Partes a arbitrar una reclamación, y correspondientemente para la jurisdicción del tribunal, bajo el Capítulo Once del TLCAN. El propósito de la disposición sobre renuncia es evitar la necesidad de un demandado de litigar procedimientos concurrentes y superpuestos en múltiples foros con respecto a una misma medida, y el de minimizar no solo el riesgo de doble recuperación, pero también el riesgo de “resultados contradictorios (y, por lo tanto, de incertidumbre legal)”.), ¶ 53 (“Si todos los requisitos formales y materiales bajo el Artículo 1121 no son cumplidos, la renuncia es inefectiva y no comprometerá el consentimiento a arbitraje del Estado demandado o la jurisdicción del tribunal *ab initio* bajo el Acuerdo.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

incluyendo cualquier apelación”.⁴⁹¹ Como resulta evidente, la reserva de derechos que efectúan los Demandantes vacía de contenido su supuesta renuncia, pues una reserva que les permita continuar actuando en el Procedimiento de Responsabilidad Fiscal, y en cualquier procedimiento relacionado, incluyendo la interposición de cualquier apelación o recurso judicial, frustra el propósito de la estructura “sin vuelta atrás” (“*no U-turn*”) que contiene el Tratado, que busca precisamente evitar litigios en procedimientos concurrentes y superpuestos, minimizando así el riesgo de doble reparación y de resultados contradictorios.⁴⁹²

291. Por más que los Demandantes traten de diferenciar el caso *Renco c. Peru*, la situación es análoga a la de este caso. Si bien el texto de la renuncia es diferente, en

⁴⁹¹ Notificación de Arbitraje, ¶ 25 (“Los Demandantes renuncian a sus derechos ‘a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16 del [Tratado]. Para despejar cualquier duda, esta renuncia es sin perjuicio del derecho de los Demandantes a defenderse en el procedimiento de responsabilidad fiscal y en cualquier procedimiento relacionado, incluyendo cualquier apelación, y a iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo de Colombia, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses de los Demandantes mientras continúe la tramitación de este arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. C-10**, *Power of Attorney, Waiver, and Authorization to Commence Arbitration*, Waiver (“De conformidad con el Artículo 10.18 del [Tratado], Foster Wheeler, Process Consultants y FPJVC renuncian a sus derechos respectivos y colectivos ‘a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquier Parte, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de cualquier medida que se alegue haber constituido una violación a las que se refiere el Artículo 10.16’ del [Tratado]. Cada una de ellas se reserva respectiva y colectivamente el derecho a continuar defendiéndose de forma concurrente en el procedimiento de responsabilidad fiscal y en cualquier procedimiento relacionado, incluyendo cualquier apelación, y a iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo de Colombia, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar sus derechos e intereses mientras continúe la tramitación de este arbitraje.”) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁹² Ver **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 12 (traducción del inglés); Memorial n. 660. Ver también **Ap. RL-332**, *Tennant Energy, LLC c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2018-54 (TLCAN), Segunda Presentación de los Estados Unidos de América, 25 de junio de 2021, ¶ 14 (“Esta disposición sobre renuncia garantiza que un demandado no necesite litigar procedimientos concurrentes y superpuestos en múltiples foros (domésticos o internacionales), y minimiza no solo el riesgo de doble recuperación, pero también el riesgo de ‘resultados contradictorios (y, por lo tanto, de incertidumbre legal)’.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-287**, *Presentación de EE. UU. en Alicia Grace*, ¶ 40.

ambas situaciones los demandantes hicieron reservas de derechos que excedían lo permitido por el Artículo 10.18.2(b) del Tratado (y la disposición idéntica del APC Perú-EE.UU). El tribunal en *Renco* claramente sostuvo que “no se permiten las renunciaciones calificadas de cualquier forma”, y que la disposición le exige al inversionista que “renuncie, de forma definitiva e irrevocable, a todos los derechos de procurar la interposición de reclamaciones ante un tribunal o corte local”.⁴⁹³ Por tales motivos, el tribunal resolvió que una reserva “no está permitida por los términos explícitos del Artículo 10.18(2)(b)”, “menoscaba el objeto y propósito” de la disposición, y resulta “incompatible con la estructura ‘sin vuelta atrás’” del Artículo.⁴⁹⁴ Los mismos principios resultan aplicables a la reserva que efectuaron los Demandantes en este caso.⁴⁹⁵

⁴⁹³ **Ap. RL-218**, *Renco*, ¶¶ 79, 95.

⁴⁹⁴ *Id.*, ¶ 119. Ver también **Ap. RL-287**, *Presentación de EE.UU. en Alicia Grace*, ¶ 48 (“En relación con los requisitos formales, la renuncia debe estar por escrito y ser ‘clara, explícita y categórica.’ Como fue señalado por el tribunal en *Renco*, al interpretar una disposición sobre renuncia en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-EE.UU similar al Artículo 1121 del TLCAN, la disposición sobre renuncia requiere que un inversionista renuncie de forma ‘definitiva e irrevocable’ a todos sus derechos de formular reclamaciones en otros foros una vez las reclamaciones sean sometidas a arbitraje en relación con una medida que supuestamente ha violado el Acuerdo. El Artículo 1121 del TLCAN busca, entonces, ‘operar como una renuncia ‘de una vez por todas’ a todos los derechos de iniciar reclamaciones en foros domésticos, sin importar el resultado del arbitraje (si el reclamo es rechazado por motivos de jurisdicción o admisibilidad o con ocasión de los méritos)’. Esto es, el requisito de la renuncia busca dar al demandado seguridad, desde el inicio del arbitraje bajo el tratado, de que el demandante no está persiguiendo y no va a perseguir procedimientos en otros foros con respecto a las medidas cuestionadas en el arbitraje. Correspondientemente, una renuncia que contenga cualquier condición, cualificación o reserva no cumplirá con los requisitos formales y será inefectiva”.) (traducción del inglés; énfasis añadido).

⁴⁹⁵ Los Demandantes afirman que “ninguno de los arbitrajes citados por Colombia implican una renuncia que reserve al demandante el derecho a la defensa”. Memorial de Contestación, ¶ 204. Sin embargo, de los seis casos citados por Colombia para este punto, los Demandantes solo procuran distinguir tres (*Renco c. Perú*, *Waste Management c. México I y Detroit c. Canadá*). Ver Memorial, ¶¶ 329-343, nn. 650, 659; Memorial de Contestación, ¶ 204 y n. 385. Aun así, ninguna de las distinciones provistas por los Demandantes son certeras o apoyan su posición. Existe una coincidencia insoslayable entre este caso y los tres casos que los Demandantes intentan distinguir: todos cuentan con reservas de derechos que excedían lo permitido por los tratados correspondientes. Respecto a *Waste Management I*, los Demandantes solo citan y transcriben una interpretación de la renuncia realizada por el demandante de ese caso. Al enfrentarse a estas interpretaciones, el tribunal de *Waste Management I* sostuvo que estas no eran relevantes a los efectos de evaluar el cumplimiento de los requisitos del Artículo 1121 del TLCAN, que exige “la presentación de una renuncia de acuerdo con los términos del Artículo 1121 a la parte contendiente y en el sometimiento de la reclamación a arbitraje”. **Ap. RL-221**, *Waste Management I*, § 31. Sin perjuicio de ello, al igual que en *Waste Management I*, los Demandantes aquí “no se [limitaron] a una

292. Asimismo, más allá de la renuncia formal, y sin reservas, que requiere el Artículo 10.18.2(b) del Tratado, un demandante también debe actuar en forma consecuente para que la renuncia sea efectiva⁴⁹⁶, por lo que resulta incompatible con su

transcripción íntegra del contenido de este Artículo [relativo a la renuncia] . . . sino que, adicionalmente, [introdujeron] una serie de declaraciones que reflejaban su propio entendimiento de la renuncia”. En otras palabras, los Demandantes “no [tuvieron] la intención de presentar la renuncia en los términos prescritos por el [Tratado], sino que [tuvieron] la intención de presentarla de acuerdo con sus propios intereses”. **Ap. RL-221**, *Waste Management I*, § 31. Ver Notificación de Arbitraje, ¶ 25. Solo con base en estos hallazgos, el tribunal de *Waste Management I* se declaró incompetente, y lo mismo debe hacer este Tribunal. Con respecto al caso *Detroit*, los Demandantes citan tres renunciaciones presentadas por los demandantes, de las cuales el tribunal solo consideró efectivamente la primera. Ver **Ap. RL-222**, *Detroit International Bridge Company c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2012-25 (TLCAN), Laudo sobre Jurisdicción, 2 de abril de 2015, ¶¶ 320-321. En cualquier caso, el tribunal de *Detroit* advirtió que, más allá del texto de la renuncia, las acciones iniciadas por el demandante se enmarcaban en un “procedimiento relativo a las medidas que se alegaron como violatorias del TLCAN en este arbitraje” y que ello se encontraba vedado por el tratado. Ver *id.*, ¶¶ 312, 320, 336-337. Lo mismo sucede aquí, donde los Demandantes buscan seguir participando en todos los procedimientos administrativos y judiciales locales donde se discuten las medidas que se alegan como violatorias de las obligaciones sustantivas del Tratado y, a la vez, proseguir el presente Arbitraje. En este sentido, es importante remarcar que, además de haber apelado el Fallo con Responsabilidad Fiscal, Foster Wheeler y Process Consultants incluso han iniciado dos acciones de tutela ante tribunales judiciales colombianos por supuestas violaciones al debido proceso en el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Es evidente que estas acciones son “ofensivas” – en términos de los Demandantes – y confirman que el Tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* para conocer sobre su reclamación.

⁴⁹⁶ Ver Memorial, ¶ 334, n. 655; **Ap. RL-218**, *Renco*, ¶ 60 (“No existe discusión respecto a que las disposiciones del Artículo 10.18(2)(b) en virtud de la renuncia incluyen dos requisitos diferentes: un requisito formal (la presentación de una renuncia formulada por escrito que cumpla con los términos del Artículo 10.18(2)(b)) y un requisito sustancial (que el inversionista se abstenga de iniciar o continuar procedimientos locales que violen dicha renuncia escrita”).), ¶ 135 (“El cumplimiento de ambos elementos constituye una precondition para que Perú preste su consentimiento al arbitraje y para la existencia de un acuerdo de arbitraje válido.”) (énfasis omitido); **Ap. RL-223**, *Commerce Group*, ¶¶ 80, 84 (sosteniendo que “una renuncia debe ser más que sólo palabras; debe alcanzar el efecto pretendido”, y que asegurar “materialmente de que no se ‘inicien’ o ‘continúen’ otros procedimientos legales”); **Ap. RL-221**, *Waste Management I*, § 24 (“[E]l acto de renunciar conlleva una declaración de voluntad de la parte declarante que lógicamente implica un determinado comportamiento consecuente con la manifestación emitida. Efectivamente, esta declaración de voluntad debe concretarse en la intención o propósito con el que se dice o hace algo (conducta del declarante). Así pues, para que dicha voluntad alcance significado jurídico, no basta con que exista internamente. En cambio, debe ser expresada o manifestada, en este caso, a través de un texto escrito y de un determinado comportamiento del renunciante acorde con la declaración efectuada.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-121**, K. Vandeveld, U.S. INTERNATIONAL INVESTMENT AGREEMENTS, p. 604 (“Sin embargo, una vez que se somete una reclamación a arbitraje en virtud del tratado, el inversionista (y la empresa si el inversionista ha presentado una reclamación en nombre de la empresa) debe abandonar cualquier otro procedimiento con respecto a la medida cuestionada y renunciar a su derecho a interponer otros recursos con respecto a esa medida en el futuro. Cuando el demandante presenta la renuncia, pero luego no la cumple, se produce como efecto la invalidación de la renuncia, resultando en el incumplimiento del demandante de una de las condiciones en las que se basa la competencia del tribunal.”) (traducción del inglés); **Ap. RL-54**, *Presentación de EE.UU. en Angel Seda*, ¶ 11 (“[S]i un demandante inicia o continúa el procedimiento con respecto a la medida en otro foro a pesar

renuncia que los Demandantes inicien o continúen otros procedimientos legales. En este caso, Foster Wheeler y Process Consultants no sólo han continuado participando activamente del Proceso con Responsabilidad Fiscal que los vincula, e incluso han apelado el Fallo de Responsabilidad Fiscal ante la sala fiscal y sancionatoria del CGR, sino que además han iniciado otras dos acciones de tutela adicionales ante tribunales judiciales colombianos por supuestas violaciones al debido proceso en el trámite del Proceso de Responsabilidad Fiscal.⁴⁹⁷

293. En su Memorial de Contestación, los Demandantes esgrimen tres argumentos en respaldo de su posición que han efectuado una renuncia válida bajo el Tratado, ninguno de los cuales tiene mérito alguno.

294. El primer argumento que realizan es que esta objeción debe ser rechazada porque fue Colombia, y nos los Demandantes, quienes instituyeron múltiples procedimientos paralelos.⁴⁹⁸ Ello no es cierto. La CGR inició un Proceso de Responsabilidad Fiscal contra Foster Wheeler, Process Consultants y otras personas naturales y jurídicas y, antes que siquiera se emitiera el Fallo con Responsabilidad Fiscal, los Demandantes iniciaron este procedimiento paralelo. El propósito del Artículo

de cumplir con los requisitos formales de presentar una renuncia, el demandante no ha cumplido con el requisito de la renuncia, y el tribunal carece de competencia sobre la controversia".) (traducción del inglés). Ver también **Ap. RL-287**, *Presentación de EE.UU. en Alicia Grace*, ¶¶ 48-50 ("El cumplimiento con el Artículo 1121 [del TLCAN] implica ambos, requisitos formales y materiales. . . . En cuanto a los requisitos materiales, un demandante debe actuar consistente y concurrentemente con la renuncia escrita absteniéndose de iniciar o continuar procedimientos relativos a las medidas que supuestamente constituyen una violación del Capítulo Once en otros foros desde la fecha de la renuncia en adelante . . . Por lo tanto, si un demandante inicia o continua procedimientos con respecto a la medida en otro foro a pesar de haber cumplido con los requisitos formales de la presentación de la renuncia, el demandante no ha cumplido con el requisito de la renuncia y el tribunal carece de jurisdicción sobre la disputa".) (traducción del inglés).

⁴⁹⁷ **Ap. R-84**, Acción de Tutela 2021-A; **Ap. R-87**, Acción de Tutela 2021-B. Ver Memorial, ¶ 159, nn. 327, 345; ¶¶ 26-27, *supra*.

⁴⁹⁸ Memorial de Contestación, ¶ 200.

10.18.2(b) del Tratado es justamente evitar esas situaciones: los Demandantes no pueden continuar interponiendo apelaciones o recursos de nulidad contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal, o iniciar o continuar acciones de tutela relacionadas con el Proceso de Responsabilidad Fiscal, y simultáneamente continuar este Arbitraje en donde cuestionan la misma medida.⁴⁹⁹

295. El segundo argumento de los Demandantes es que esta objeción ignora el Artículo 10.18.3 del Tratado, que establece que un demandante puede “iniciar o continuar una medida cautelar, que no involucre el pago de daños monetarios, ante un tribunal judicial o administrativo del demandado, siempre que tal medida se interponga con el único propósito de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa mientras continúe la tramitación del arbitraje”.⁵⁰⁰

296. En este caso, ni las actuaciones de Foster Wheeler y Process Consultants en el Proceso de Responsabilidad Fiscal, ni las acciones de tutela interpuestas ante los tribunales colombianos, pueden calificar como “medidas cautelares” y por lo tanto no se encuentran dentro del marco de la excepción previsto por el Artículo 10.18.3 del Tratado. El recurso de apelación interpuesto por Foster Wheeler y Process Consultants buscaba dejar sin efecto el Fallo con Responsabilidad Fiscal,⁵⁰¹ mientras que las acciones de tutela pretendían, por un lado, ampliar su derecho de contradicción de ciertos informes técnicos en el marco del Proceso de Responsabilidad Fiscal y, por otro lado, ampliar el

⁴⁹⁹ Lo que sí habrían podido hacer los Demandantes es interponer recursos administrativos y acciones judiciales y solo luego de concluidos estos iniciar el Arbitraje. Ver ¶ 298, *infra*.

⁵⁰⁰ **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo 10.18.3.

⁵⁰¹ Ver **Ap. R-89**, Recurso de Apelación, p. 233 (solicitando a la Sala Fiscal la revocatoria del Fallo con Responsabilidad Fiscal y la emisión de un fallo sin responsabilidad fiscal con respecto a Foster Wheeler y Process Consultants).

término para la presentación de un recurso de apelación contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal.⁵⁰² Ninguna de esas actuaciones, de ser exitosa, tendría como efecto la preservación de los derechos de los Demandantes en tanto que se tramita este Arbitraje.⁵⁰³

297. Si los Demandantes ahora decidieran interponer una acción judicial de nulidad contra el Fallo con Responsabilidad Fiscal ante los tribunales colombianos con competencia en lo contencioso administrativo – como previsiblemente harán – ello constituiría otro acto adicional que sería claramente contrario a su renuncia.

298. El tercer argumento que esgrimen los Demandantes es que sería injusto requerirles una renuncia a su derecho a defenderse.⁵⁰⁴ Sin embargo, el Tratado no exige a los Demandantes que abandonen todas sus actuaciones ante tribunales administrativos y judiciales; sólo exige a los Demandantes que lo hagan en caso de que quieran someter una reclamación a arbitraje bajo el Tratado por violaciones de sus obligaciones sustantivas.⁵⁰⁵ Los Demandantes podrían (y deberían) haber esperado obtener una decisión final en los tribunales colombianos para luego someter su

⁵⁰² Ver ¶ 27, *supra*.

⁵⁰³ Memorial, nn. 649, 666. Los Demandantes argumentan que los procedimientos en este caso fueron iniciados por Colombia y que están forzados a defenderse. Memorial de Contestación, ¶ 206. Si bien es cierto que el Proceso de Responsabilidad Fiscal fue iniciado por Colombia, una vez que se dictó un Fallo con Responsabilidad Fiscal en ese procedimiento administrativo, nadie forzó a los Demandantes a apelar ese Fallo ni tampoco a iniciar acciones de tutela vinculadas al Proceso de Responsabilidad Fiscal. Esas actuaciones son claramente incompatibles con la renuncia que requiere el Tratado.

⁵⁰⁴ Memorial de Contestación, ¶ 205. La cita que utilizan los Demandantes en apoyo de este argumento no respalda su posición, pues se refiere a una situación de una cláusula de *fork-in-the-road* y no se relaciona con la cuestión de la renuncia que aquí se plantea. Memorial de Contestación, ¶ 205; **Ap. CL-193**, Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road*, 5(2) THE JOURNAL OF WORLD INVESTMENT & TRADE 231 (2004), p. 249. Las cláusulas de *fork-in-the-road* y de renuncia son claramente diferenciables. Mientras la cláusula de renuncia requiere no iniciar o continuar otros procedimientos ante tribunales locales una vez que se somete una disputa a arbitraje internacional, una cláusula de *fork-in-the-road* establece – por lo general – que si se somete una disputa ante una tribunal local, luego no será posible someter esa misma disputa ante un tribunal internacional.

⁵⁰⁵ Memorial, ¶ 341.

reclamación a un arbitraje bajo el Tratado. Lo que el Tratado (que tienen una estructura “sin vuelta atrás” (“*no U-turn*”)) no permite es que los Demandantes continúen sus actuaciones ante los tribunales administrativos y judiciales colombianos y, al mismo tiempo, sometan una reclamación a arbitraje ante este Tribunal respecto de la misma medida que alegan ha constituido una violación de las obligaciones sustantivas del Tratado.

299. En resumen, el Tribunal carece de competencia *ratione voluntatis* sobre la reclamación de los Demandantes debido a que estos no han efectuado, en contravención con lo dispuesto por el Tratado, una renuncia – tanto formal como sustancial – a iniciar o continuar sus actuaciones en procedimientos ante tribunales administrativos y judiciales colombianos respecto a la misma medida que alegan haber constituido una violación del Tratado.

CONCLUSIÓN

300. Por todo lo expuesto, el Demandado solicita respetuosamente a este Tribunal que: (1) haga lugar a la objeción preliminar del Artículo 10.20.4 del Tratado y desestime la reclamación sometida a arbitraje por los Demandantes; (2) se declare incompetente para conocer la presente reclamación por las excepciones aquí demostradas y; (3) condene a los Demandantes al pago de la totalidad de los costos y gastos de este Arbitraje, incluido los honorarios profesionales de los abogados del Demandado, junto con los intereses correspondientes.⁵⁰⁶

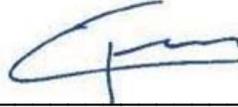
⁵⁰⁶ El Artículo 10.20.6 del Tratado – citado por los Demandantes – establece que “[c]uando el tribunal decida acerca de la objeción de un demandado de conformidad con los párrafos 4 o 5 [del Artículo 10.20], puede, si se justifica, conceder a la parte contendiente vencedora costas y honorarios de abogado razonables en que se haya incurrido al presentar la objeción u oponerse a esta. Al determinar si dicho

RESERVA DE DERECHOS

301. El Demandado se reserva el derecho de presentar las pruebas y argumentos adicionales que estime oportunos para complementar esta Réplica, y de presentar objeciones a la competencia adicionales, así como también de responder a cualquier prueba o argumento presentado por los Demandantes.

laudo se justifica, el tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado eran frívolas". **Ap. RL-1**, Tratado, Artículo, 10.20.6 (énfasis añadido); Memorial de Contestación, ¶¶ 207, 209. En este caso, ha quedado demostrado – tanto en el Memorial como en la presente Réplica – que todas las objeciones preliminares planteadas por Colombia son por demás certeras, fundadas y procedentes, conforme al Artículo 10.20.4 del Tratado y las demás disposiciones pertinentes. En oposición, el Memorial de Contestación de los Demandantes no solo no brinda respuestas o explicaciones sostenibles – mucho menos convincentes – para refutar estas objeciones preliminares, sino que además incurre en diversas contradicciones y tergiversaciones, tanto de los hechos como del derecho. Estas carencias del Memorial de Contestación solo confirman que la prematura reclamación de los Demandantes debe ser rechazada y que el Tribunal no tiene competencia para conocer este caso. Finalmente, ello hace que la reclamación de los Demandantes supere los umbrales de la frivolidad y, por lo tanto, corresponde que los Demandantes se hagan cargo de todos los gastos y honorarios de abogados incurridos por Colombia para defenderse de la presente reclamación. Tal como sostienen los mismos autores citados por los Demandantes para este punto, “en diversas ocasiones, los tribunales asignan costos a favor de la parte vencedora (la llamada regla de que los costos siguen al evento), especialmente cuando encuentran que la reclamación manifiestamente carecía de mérito, era legalmente insostenible o cuando encuentran mala conducta, actividad fraudulenta o abuso del proceso de la parte vencida”. **Ap. CL-200**, Michele Potestà & Marija Sobat, *Fivolous in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily*, 3 J. Int. Disp. Res. 137, 1 de febrero de 2012, pp. 25-26 (traducción del inglés; énfasis añadido). Ver también **Ap. CL-63**, RSM, ¶ 8.3.4 (“Debido a que las reclamaciones de los Demandantes carecen manifiestamente de mérito legal, . . . el Tribunal considera apropiado que el Demandado sea íntegramente indemnizado por todos los costos razonablemente incurridos o soportados en este procedimiento”). (traducción del inglés).

Respetuosamente,





Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado

Ana María Ordoñez Puentes
Elizabeth Prado López
Giovanny Vega Barbosa

*Agencia Nacional de Defensa
Jurídica del Estado*



Claudia Frutos-Peterson
Elisa Botero
Fernando Tupa
Juan Jorge
Maria Paulina Santacruz

*Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle
LLP*

Abogados del Demandado